

Abstracție făcând de sensul livresc sau peiorativ al termenului «ficțiune», «ficțiunile juridice» au fost acreditate ca procedeu de tehnică legislativă și ca judecăți de valoare.

Rostul acestei lucrări este acela de a identifica ficțiunile juridice legislative, jurisprudențiale și doctrinare, de a le înfățișa motivațiile și articulațiile și de a le prefigura destinul, sub semnul actualității și al utilității sociale.

Ion Deleanu

Ficțiunile juridice

Ficțiunile juridice



ISBN 973-655-795-2

9 789736 557958

All Beck

Editura All Beck

Abrevieri uzuale

alin.	alineat(ul)
art.	articol(ul)
art. cit.	articol(ul) citat
C.A.	Curtea de apel
C. civ.	Codul civil
C. com.	Codul comercial
C. fam.	Codul familiei
C. muncii	Codul muncii
col. civ.	colegiu(l) civil
coord.	coordonator
C. pen.	Codul penal
C. proc. civ.	Codul de procedură civilă
C. proc. pen.	Codul de procedură penală
C.S.J.	Curtea Supremă de Justiție
ed.	ediția
Ed.	Editura
lit.	litera
n.n.	nota noastră
nr.	număr(ul)
O.G.	ordonanța Guvernului
op. cit.	opera citată
O.U.G.	ordonanța de urgență a Guvernului
p.	pagina
parag.	paragraf(ul)

pct.	punctul
s.n.	sublinierea noastră
ș.a.	și altele
ș.a.m.d.	și așa mai departe
t.	tomul (<i>fr.</i> tome)
Trib. jud.	Tribunalul județean
Trib. Suprem	Tribunalul Suprem
urm.	următoarele
vol.	volumul

Plan și motivare

Ficțiunile fac parte din viața noastră. Ne-o înfrumusețează sau ne-o deformează. Unele ni le procurăm noi înșine, amăgitor și consolator sau cu speranță ori chiar cu optimism robust. Altele ne sunt procurate, pentru a «înțelege» lucruri de neînțeles sau pentru a nu înțelege ceea ce ni se pare lesne de înțeles.

Având o asemenea imanență, nu poate surprinde că ficțiunile au pătruns și în articulațiile dreptului, al celui elaborat și al celui profesat. Unii, mai rezervați și cu gândul la rostul ficțiunilor juridice, acceptându-le sau tolerându-le, le-au considerat, cel mult, «curiozități juridice»; alții, mai recalcitranți și cu gândul la posibile substituente – excepții, analogii, echivalențe, extrapolări, interpretări prin împrumut de normă etc. – respingându-le sau condamându-le, le-au considerat «monstruozități juridice».

Poate că, urmând sfatul Stagiritului, adevărul se află la linia mediană: unele ficțiuni juridice sunt necesare și utile; altele sunt doar invenții, inutile sau desuete, hrănind imaginația, cândva, în epocă, sau oferind «soluții» în situații considerate insolubile. Sperăm ca această constatare, comodă, dar reală, să străbată în cele din urmă prin propozițiile acestui demers.

*

Ficțiunea juridică este pe cât de accesibilă limbajului, pe atât de dificilă raționamentului, mai ales că, așa cum vom încerca să convingem, adeseori confuziile de concepte degenerază în confuzii de idei. Un prim capitol a fost deci rezervat *conotațiilor, interferențelor și delimitărilor*, îndeosebi între ficțiuni și prezumții juridice.

La modul cel mai general, în raport cu sursa lor, ficțiunile juridice pot fi grupate în două categorii: *ficțiuni juridice având ca sursă legea; ficțiuni juridice având o altă sursă decât legea (fic-*

fiuni juridice doctrinare, ficțiuni juridice create de către subiectele de drept, ficțiuni juridice jurisprudențiale sau pretorienne).

Încadrarea fiecărei ficțiuni juridice în una dintre aceste categorii presupune însă analiza ei, uneori chiar din perspectivă istorică, pentru a-i determina articulațiile, semnificațiile și implicațiile, întrucât, cum se va putea constata, o singură ficțiune juridică este calificată ca atare prin dispozițiile legii, deși, în realitate, tocmai aceasta nu este o adevărată ficțiune – reprezentarea succesorală. În cazul tuturor celorlalte ficțiuni, natura lor este dedusă din modul în care au fost elaborate și mai ales postulate, din «confruntarea» lor cu realitatea juridică.

În fine, «verificarea» atentă a unora dintre categoriile juridice considerate ficțiuni va demonstra faptul că nu sunt adevărate ficțiuni.

Acestea ar fi cele trei repere din perspectiva cărora vom dezvolta tema ficțiunilor juridice: *ficțiuni juridice legale; ficțiuni juridice având o altă sursă decât legea; ipotetice ficțiuni sau pseudoficțiuni juridice* (chiar dacă acest ultim termen – pseudoficțiuni – are rezonanțe pleonastice, el conservă totuși «puterea» de a evoca opusul la ceea ce se crede a fi).

Unele dintre dezvoltările preliminare la diversele ficțiuni sau ipotetice ficțiuni pot fi considerate excesive, nepertinente sau chiar fastidioase. Asumându-ne riscul unor asemenea calificări, am recurs totuși și la asemenea dezvoltări pentru a încerca să ne convingem pe noi înșine înainte de a încerca să convingem pe alții.

Tema ficțiunilor juridice, firește, nu putea fi sustrasă nici din ambianța normativă, jurisprudențială și doctrinară actuală, nici din cea proiectată. Se află – cum se știe – în procesul definitivării o lucrare pe cât de ambițioasă, pe atât de pretențioasă și complexă, mai ales pentru că și-a propus sinteza dintre constante și înnoire, coerența și durabilitatea: Codul civil. Deși noile propoziții normative se află încă în prelucrare, unele dintre ele stârnind chiar mirarea, am considerat util ca, uneori, să le evocăm pur și simplu, pentru a oferi și astfel câteva repere pentru – așa-zicând – «destinul istoric» al unora dintre ficțiunile juridice.

O mărturisire sau o remărturisire, în cele din urmă.

A fost și rămâne departe de noi gândul că în știință, și mai ales în cea juridică, pot fi pronunțate «sentințe științifice». Infaibilibii n-au existat și nu există. Doar fantomatic mai apar din propriul pat germinativ.

Orice demers științific este de fapt o invitație la colocviu. Totul sau aproape totul s-a mai spus și se mai spune. Doar viața juridică, mereu imprevizibilă, mai îndeamnă la cugetări în jurul unor teme inedite sau obligă la reconsiderări și remodelări.

Așa încât orice discuție este deschisă și binevenită.

Firește, nu sub voia primului impuls sau a improvizăției insolente, ci animată de bune intenții și sprijinită pe cunoaștere.

Capitolul I

Ficțiunile și prezumțiile juridice – conotații, interferențe și delimitări

Secțiunea 1

Ficțiunile juridice

1. Repere retrospective asupra ficțiunilor în general și asupra celor juridice în special.¹ Sub influența unei concepții «estetice» și având conotații negative – „arta este un adevăr fals”, ea „imită natura” – concepție provenind din Antichitate, ficțiunea n-ar face altceva decât să imite lucrurile naturale – *fictio argo imitatur naturam; ergo fictio habet locum, ubi potest habere locum veritas*. Sub influența însă a canoniștilor, ficțiunea nu mai este valorizată doar ca procedeu de «imitare» a unui model din natură, ci și ca procedeu de a «crea». Etimologic, ambele sensuri pot fi acceptate: la început *fingere* semnifica doar «modelarea», dar apoi și «imaginaarea», «inventarea», «disimularea». În ambele accepțiuni, ficțiunea a fost percepută ca artificio prin care realitatea este ignorată. Ea ar fi deci un „artificio de tehnică juridică”, o „minciună a legii”, constând în considerarea unui fapt sau a unei situații diferite de realitate ca fiind totuși reală, pentru ca astfel să producă efecte juridice². Ideea de „minciună a legii” nu doar că este peiorativă –

¹ Pe larg, împreună cu amplul și substanțialul aparat bibliografic, a se vedea A.-M. Leroyer, *Les fictions juridiques*, thèse, Université Panthéon-Assas, Paris II, 1995, p. 5 și urm.

² H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. Cornu, 2^e éd., Presses Universitaire de France, 1990, termenul «fiction»; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E. Story-Scientia, Paris-Bruxelles, 1988, p. 157-160, împreună cu reperele doctrinare; G. Cornu, *Vocabulaire*

„disprețuitoare” în raport cu realitatea, considerată „laudativă”³ –, dar ea însăși ignoră sensul primar al ficțiunii – acela de «imitare» – și îndeamnă la condamnarea ficțiunilor în raport cu valorile morale, la înlăturarea lor din arsenalul juridic, pentru că sunt nu numai „inutile”, ci chiar „periculoase”. „Condamnarea însă generală a acestui procedeu este în contradicție totală cu importanța ficțiunilor juridice, procedeu universal, întrebuințat în toate sistemele juridice și în toate timpurile”⁴. Importanța ficțiunilor este confirmată de universalitatea lor⁵; ele sunt prezente în texte biblice, în dreptul oriental, ca și în dreptul occidental, sub semnul unor considerații sau filosofii foarte diferite. Omniprezența ficțiunilor se relevă și prin identificarea lor în toate ramurile dreptului.

Originile ficțiunilor sunt foarte îndepărtate. Ele erau întrebuințate în antichitatea greacă și orientală (exemple putând fi extrase din Codul Hammurabi), dar au cunoscut o formidabilă dezvoltare în dreptul roman, întrebuințate fiind ca tehnică pentru elaborarea de reguli printr-o judecată de genul «ca și cum»⁶; termenii *fictio*, *ingere*, *perinde ac si*, *quasi*, *pro habetur*, *quodammodo* etc. sunt frecvent întrebuințați, mai ales în demersurile pretoriene. Recursul pretorului la acțiunile fictive a fost mijlocul de adaptare a lui *Ius civile* la noile nevoi și, totodată, procedeul subtil de a înfrânge rigiditatea excesivă a acțiunilor din procedura formulară. Numeroase ficțiuni erau însă legale (*fictio legis*) sau jurisprudențiale, în sensul roman al termenului, precum: *qui in utero est*, *perinde ac si in rebus humanis est custoditur*; *pro non scripto habetur*; unele acuzații puteau fi aduse de un *peregrinus*, «ca și cum» el ar fi avut

juridique, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 1992, p. 355.

³ A. Laland, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 13^e éd., 1980, termenul «réel» (adică „veritabil, autentic, sincer, solid”, apreciere a unui spirit „serios și normal”).

⁴ A.M. Leroyer, op. cit., p. 7, 8.

⁵ Pe larg și cu exemplificări, a se vedea Ch. Perelman, *Le raisonnement et le déraisonnable en droit*. Au-delà du positivisme juridique, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1984, vol. 29, p. 32 și urm.

⁶ A.M. Leroyer, op. cit., nr. 8.

calitatea de *civis*; o persoană care a pierdut posesia înainte de *usucapio* completă era tratată «ca și cum» și-ar fi asigurat *usucapio*; un *capitis deminutio* era privit, în anumite cazuri, «ca și cum» n-ar fi suferit un *capitis deminutio*, ca și cum «moartea civilă» n-ar fi avut loc – *ac si capite minutus non esset* –, făcând posibilă urmărirea lui de către creditori; *qui apud hostes morerentur, eorum testamenta perinde valerent, ac si civitate decessissent*, conferind astfel aceeași valoare testamentului «ca și cum» cel care a murit la dușmani ar fi decedat în cetate ș.a.⁷ Unele dintre *actiones utiles* erau tocmai acțiunile *ficticii* (de exemplu, acțiunea *Publiciana* sau acțiunea pentru aplicarea legii *Aquilia*).

În Evul Mediu s-a încercat elaborarea primei teorii generale a ficțiunilor, glosatorii determinându-le elementele constitutive și chiar clasificându-le în zece grupe: substanța, cantitatea, calitatea, relația, locul, timpul, poziția, posesiunea, acțiunea, pasiunea. În epoca postglosatorilor poate fi întâlnită chiar prima definiție a ficțiunii⁸: „*fictio est in re certa, contraria veritati, pro veritate assumptio*” – ficțiunea constă în considerarea unui fapt, care, în mod cert este contrar realității, ca fiind adevărat. Mai târziu, reluându-se definiția, s-au făcut alte două precizări, mai ales cu privire la efectele juridice ale ficțiunii și necesitatea ca ele să fie conforme echității: *fictio est in re certa, eius quod est possibile contra veritatem pro veritate a iure facta assumptio; causa fictionis est aequitas*. S-a reconsiderat și clasificarea ficțiunilor, inspirată de Stagirit, grupându-le în doar trei categorii, sugestive de altfel pentru a descifra mecanismul ficțiunilor: «ficțiuni inductive» – conform cărora ceea ce nu este se consideră totuși că este; «ficțiuni privative» – conform cărora ceea ce este se consideră totuși

⁷ R. Dekkers, *La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935, nr. 187 și urm.; Vl. Hanga, *Drept privat roman*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1977, p. 141, 286; M.V. Jakotă, *Drept roman*, I, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1993, p. 139, 360, 361.

⁸ J.-J. Olivier, *Legal Fictions: an Analysis and Evaluation*, Leyde, 1973, p. 16, 17.

că nu este; «ficțiuni translativ» – conform cărora ceea ce există într-un anumit mod poate exista și într-un alt mod⁹. În această epocă însă, Thomas din Aquino face o distincție categorică între «ficțiuni mincinoase», care trebuie prohibite, și ficțiuni ca «imagina a adevărului», care trebuie încurajate.

În dreptul cutumiar, ficțiunile au fost de asemenea întrebuințate, mai ales în privința bunurilor¹⁰.

Începând cu secolul al XVI-lea apar primele tratate consacrate ficțiunilor¹¹. În secolul al XVIII-lea, opoziția dintre ficțiune și adevăr este accentuată și, pe cale de consecință, condamnarea lor este globală, indistinctivă, ca fiind „cel mai pernicios mod și cea mai grosolană minciună” – cum spunea unul dintre exponenții școlii utilitariste a dreptului. Pothier, împărtășind părerea că ficțiunile nu pot fi întrebuințate decât pentru considerente de echitate, era adeptul admiterii lor, dar numai restrictiv: „*la fiction n'opère pas au-delà du cas fictif*” – „*fictio non operatur ultra casum fictum*”¹². Ihering, definind ficțiunea ca „minciună consacrată din necesitate”, le admitea doar sub titlu tranzitoriu.

Începând cu secolul XX, demersurile în jurul ficțiunilor se multiplică¹³, dar, în general, ele se află sub consemnul lui Ihering. Doi

⁹ A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 9.

¹⁰ Articolul 90 al Cutumei din Paris consacră categoria imobilelor prin destinație (P. Gulphe, L'immobilisations par destinations, thèse, Paris, 1943, nr. 10 și urm.).

¹¹ Pentru exemplificări, a se vedea A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 11.

¹² Traité de la communauté, nr. 78, apud A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 11, 12.

¹³ Aducem în atenție doar câteva dintre lucrările dedicate temei, la care de altfel vom mai face trimitere: L. Lecocq, De la fiction comme procédé juridique, thèse, Paris, 1914; Fr. Gény, Science et technique en droit privé positif, t. 3, 1921, nr. 240 și urm.; A.C. Angelesco, La technique législative en matière de codification civile, thèse, Paris, 1930, p. 660 și urm.; J. Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé, Paris-Bruxelles, Sirey-Bruylant, 1935, p. 275 și urm.; R. Dekkers, op. cit.; P. Roubier, Théorie générale du droit, Sirey, 1946, p. 115 și urm.; G. Wicker, Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris,

dintre doctrinarii arătați și sub autoritatea lor au învederat însă și «partea pozitivă» a ficțiunilor: Gény, în contextul analizei tehnicii juridice, și Perelman, în contextul logicii juridice, valorizată însă nu ca logică formală ori ca sistem de transpunere a logicii matematice în drept, ci ca logică a argumentării.

În doctrina germană a secolului XX, cu siguranță se detașează lucrarea lui H. Vaihinger¹⁴, căreia, între anii 1915-1925, i s-au dedicat nu mai puțin de 20 de opere, între care și mai ales studiul critic al lui Kelsen. Ficționalismul lui Vaihinger dezvăluie influența concepției lui Kant, după care intelectul își propune probleme pe care nu le poate rezolva, și a pesimismului lui Schopenhauer, în doctrina căruia „lucrul în sine” este identificat cu voința, întreaga rațiune și cunoaștere fiind subordonate acesteia. În concepția lui Vaihinger, gândirea înaintază prin întrebuințarea ficțiunilor sau a ideilor despre care se știe că sunt false. Bunăoară, contractul social este o idee „frumoasă, sugestivă și folositoare”, deși știm că nu are nici o aplicare în sfera realului. Doctrina lui Vahinger seamănă cu pragmatismul – filosofia înțelesului și adevărului –, dar diferă prin aceea că el consideră și teoriile folositoare la fel de false¹⁵.

H. Vaihinger a realizat un studiu sistematic asupra influenței ficțiunilor în toate exercițiile intelectuale și în special în cele juridice. Este motivul pentru care, în cele ce urmează, stăruim aparte asupra demersului său, prezentându-i concepția, selectiv desigur, mai ales din perspectiva implicațiilor ei în studiul ficțiunilor juridice.

2. Conspect asupra filosofiei lui «ca și cum». Ficțiunea constituie probabil nucleul în jurul căruia gravitează filosofia lui «ca și

1997; A.-M. Leroyer, op. cit.; Ch. Perelman, Logique juridique, Nouvelle réthorique, 2^e éd, Dalloz, 1979, nr. 36, 75, 91; Les présomptions et les fictions en droit, Études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, Bruylant, 1974, *passim*.

¹⁴ Die Philosophie des Als Ob, Berlin, Reutner und Reichard, 1911, citată în continuare în traducere: Filosofia lui „ca și cum”, Ed. „Nemira”, București, 2001, *passim*.

¹⁵ Oxford, Dicționar de filozofie, Ed. „Univers enciclopedic”, București, 1999, p. 413.

cum». În mod obișnuit, metoda gândirii are ca obiect principal „formarea acelor aperccepții specifice care au un caracter final și definitiv; și nu sunt create, la drept vorbind, decât acele constructe ideatice care pot fi dovedite că au un corespondent într-o formă anume de *realitate*”¹⁶ [s.n.]. Și totuși, uneori, constructele ideatice se abat de la realitate sau, mai mult chiar, se contrazic pe sine, precum conceptul de atom sau cel de *noumen*, termen derivat în special din opera lui Kant. Altfel zis, uneori considerăm că ceva există *ca și cum*, într-adevăr, ar exista, deși, în realitate, nu există; dimpotrivă, alteori considerăm că ceva nu există *ca și cum*, într-adevăr, nu ar exista, deși, în realitate, există.

Ficțiunea derivă, așadar, dintr-o aperccepție comparativă: *quasi, sicut, comme si, que si, als ob, wie wenn* etc. Nu este însă o simplă comparație și nici o analogie adevărată; ea se află la jumătatea drumului: între o comparație retorică și o echivalență reală¹⁷. Dacă ar fi o analogie¹⁸ sau un trop, simplul *ca și* ar fi suficient. Cum însă nu este nici una, nici alta, acestui *ca și* i s-a adăugat *cum*. S-a enunțat astfel o condiție și, totodată, o situație imposibilă. „În acest complex de elemente stă de fapt întregul proces al gândirii care caracterizează ficțiunea”¹⁹. Se afirmă ceva ireal sau imposibil. De ce procedăm astfel sau de ce trebuie să procedăm astfel? Pur și simplu și provizoriu pentru a «explica» ceea ce este inexplicabil sau pentru a accepta soluții la situații insolubile. În aceasta constă *utilitatea* ficțiunii. Ficțiunea este o eroare *conștientă, practică și utilă*. Ficțiunile sunt întrebuințate având clară conștiința non-adevărului lor; dar ele nu sunt simple minciuni, făcute în scopul înșelării, nici mituri, contrare adevărului și neverificabile; ele sunt instrumente utile în «teoria cunoașterii», întrucât o abatere de la adevăr nu poate fi conștientă decât prin luarea în considerare a realității cunoscute²⁰.

¹⁶ H. Vaihinger, op. cit., p. 64.

¹⁷ Ibidem, p. 163.

¹⁸ Pentru deosebiri în raport cu analogia, a se vedea *infra*, nr. 5.

¹⁹ H. Vaihinger, op. cit., p. 164.

²⁰ Ibidem, p. 32 și urm., p. 143 și urm.

Critica acestei concepții, din partea lui Kelsen, a fost virulentă²¹, zicându-se că numai o știință a dreptului total rătăcită de la drumul ei se poate servi de o ficțiune orientată spre cunoașterea realității²². Este imposibil – spunea Kelsen – să se aprecieze contrarietatea sau conformitatea unei reguli de drept cu realitatea, căci legea, înțeleasă ca act de voință, nu semnifică realitatea sau adevărul și ea nu poate fi apreciată așadar pe baza acestui criteriu²³.

O mare parte a doctrinei s-a atașat concepției kelseniene, zicându-se bunăoară că: ficțiunea nu are niciodată sensul abaterii de la realitate, ea fiind doar un mijloc tehnic de identificare normativă a două propoziții diferite; ficțiunea nu este decât o formă de trimitere ocultă; ea este un mijloc de asimilare a inegalului sau de disimulare a egalului, pentru a atinge un scop²⁴. Mai moderată poate fi considerată opinia lui Arthur Kaufmann, în sensul căreia ficțiunea constă în apropierea a două cazuri; ea este deci analogie și poate exprima astfel o parte de adevăr²⁵.

Perenitatea ficțiunilor, universalismul lor și frecvența lor întrebuințare contrazic – ele însele – încercarea de a le repudia.

Având ca reper cele câteva judecăți din ambianța filosofiei lui «ca și cum», caracteristicile generale ale ficțiunilor ar putea fi considerate următoarele²⁶:

a) Ficțiunile semnifică abaterea *arbitrară* de la realitate, atât prin premise – care nu sunt în concordanță cu faptele, legile și fenomenele cunoscute –, cât și prin concluzii, în contradicție cu realitatea imediată.

Unele constructe ideatice – cum s-a mai spus – sunt «ficțiuni autentice», întrucât nu numai că ele se află în contradicție cu reali-

²¹ A se vedea H. Kelsen, Zur Theorie der juristischen Fiktionem, în „Annalen der Philosophie”, vol. 1, Leipzig, 1919, p. 603 și urm.

²² Ibidem, p. 632.

²³ Ibidem, p. 638.

²⁴ În acest sens, lucrările lui J. Esser, K. Larentz, D. Meuer ș.a.

²⁵ A. Kaufmann, Analogie und „Nature der Sache”, Hasdelberg, 1982, p. 24.

²⁶ A se vedea H. Vaihinger, op. cit., p. 171.

tatea, dar sunt în contradicție și cu ele însele. Ele sunt ficțiuni nu numai prin abaterea *materială* de la realitate, dar și în sens *formal*, ignorând principiul formal al realității, legea identității și a contradicției.

Alte asemenea constructe sunt – convențional numindu-le și prin împrumut terminologic – «jumătăți de ficțiuni» sau «semificțiuni», ele contrazicând realitatea dată sau îndepărtându-se de ea, dar nu se contrazic pe sine. Sunt asemenea ficțiuni, bunăoară, clasificarea artificială și metoda abstractizării.

În contextul acestui demers vom stărui asupra acestei din urmă categorii de ficțiuni – «semificțiuni» – și numai izolat, în scop demonstrativ, vom evoca și unele «ficțiuni autentice», care, oricum, cel puțin din spațiul dreptului, ar trebui înlăturate.

b) Ficțiunile – de fapt, ideile forțate sau arbitrare – dispar, fie cu timpul, în cazul semificțiunilor, ele nemaifiind utile și necesare, fie printr-o operație logică, în cazul ficțiunilor autentice. Altfel spus, când există o contradicție cu realitatea, ficțiunea poate avea valoare numai dacă ea este folosită provizoriu, „până când experiența se îmbogățește sau până când metodele gândirii se perfecționează atât de mult, încât aceste metode provizorii pot fi înlocuite cu altele definitive”²⁷; înlăturarea ficțiunilor autentice pe parcursul unei operațiuni mentale date decurge în mod necesar din caracterul lor contradictoriu²⁸.

c) Conștiința expresă a faptului că ficțiunea nu este decât o ficțiune, conștiința deci a naturii ei ficționale și absența oricărei pretenții în realitate.

Ce e drept, într-o asemenea ambianță, confuziile cu *ipotezele* sunt nu numai posibile, dar poate și inerente: unele «ficțiuni» începând prin a fi considerate «ipoteze»; alte «ficțiuni» sfârșind prin a fi considerate «ipoteze».

Distincția între ficțiuni și ipoteze, anevoioasă uneori practic, este totuși relativ lesne posibilă teoretic:

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Ibidem.*

– Principiul metodei ipotetice este „probabilitatea constructelor conceptuale”, pe când cel al metodei ficționale este „eficiența lor”²⁹. Ipoteza se îndreaptă spre realitate, implicând «verificarea» ei; ficțiunea se îndreaptă împotriva realității, refuzându-și dintr-un început orice verificare. „În vreme ce orice ipoteză caută să fie expresia adecvată a unei realități încă necunoscute și să oglindească această realitate în mod corect, ficțiunea este propusă cu conștiința că ea reprezintă un mod de concepție inadecvat, subiectiv și plastic, a cărui coincidență cu realitatea este de la bun început exclusă, și care nu va putea fi ulterior verificată în felul în care sperăm să putem verifica o ipoteză. Din acest motiv, o ficțiune nu poate fi niciodată exprimată sub forma unei judecăți problematice, ci ea trebuie să-și însușească forma judecății fictive, singura potrivită să o exprime”³⁰.

Verificării ipotezei îi corespunde justificarea ficțiunii.

În cazul ipotezelor se selectează totdeauna cea mai *probabilă*; în cazul ficțiunilor se selectează cea mai *utilă*.

Ipoteza se va respinge cândva, pentru că ea a intrat în sfera realului; ficțiunea va dispărea cândva, pentru că nu-și mai justifică utilitatea.

– Unele ipoteze sunt atât de generale încât ele pot fi considerate ficțiuni. Ficțiunile, dintr-un început, nu pot deveni ipoteze, ele neavând nici măcar o fărâmbă din realitate pentru a face posibilă o verificare incipientă. Pe de o parte, este deci recomandabil să eliminăm orice posibilitate de eroare, considerând o supoziție drept o ficțiune. Pe de altă parte, ar putea fi uneori recomandabil să nu includem o supoziție dată numaidecât în categoria ficțiunilor, îndeosebi acolo unde mai există vreo îndoială cu privire la posibilitatea ca ea să nu corespundă cu ceva real³¹. „Trebuie să fim atenți – sfătuia H. Vaihinger – să nu blocăm calea spre verificare prin utilizarea termenului de «ficțiune», și cu atât mai mult nu trebuie să comitem greșeala mai vădită de a numi o supoziție ficțiune din

²⁹ H. Vaihinger, op. cit., p. 160.

³⁰ *Ibidem*, p. 374.

³¹ *Ibidem*, p. 158.

simplă comoditate, numai pentru a evita astfel sarcina mai dificilă a verificării. În anumite cazuri, faptul că o supoziție dată este o ficțiune sau o ipoteză poate fi extrem de discutabil și, în orice caz dat, ar trebui să adoptăm *ipoteza că ea nu este decât o ficțiune*³² [s.n.].

– Ipoteza are un scop esențialmente teoretic; ea «umple golurile» existente, făcând legătura dintre fapte. Ficțiunea are un scop practic – «explicarea» a ceea ce este inexplicabil, rezolvarea a ceea ce este nerezolvabil. „Ipoteza se străduiește să elimine contradicțiile observate în fapt, pe când ficțiunea introduce contradicții logice în existență. Din acest motiv, atât direcția, cât și metoda lor de aplicare se disting net. Ipoteza încearcă să *descopere*, iar ficțiunea să *inventeze*»³³ [s.n.]. Ipoteza izvorăște din elemente reale și tinde să se reîntoarcă la ele; ficțiunea rămâne cantonată în imaginar.

d) Ficțiunile sunt mijloace folosite în vederea atingerii unui scop, ele sunt așadar *eficace*. Unde nu există eficacitate, ficțiunea nu are un caracter științific. „Aceasta este, practic – spunea Vaihinger – esența poziției noastre (...) Pentru noi, elementul esențial într-o ficțiune nu este faptul că ea constituie o abatere conștientă de la realitate, o simplă plăsmuire – noi punem accentul pe natura utilitară a acestei devieri»³⁴. Accentul pus își dovedește stringența mai ales în drept, unde eventuala existență a unor ficțiuni ineficace, așadar inutile, ține exclusiv de retorică, nu de jurisprudență.

Întâlnind, cum se va vedea, diverse *ficțiuni juridice*, clasificarea în general a ficțiunilor științifice poate prezenta interes³⁵: *clasificarea artificială*, având o valoare euristică – aceea de a pregăti și de a facilita descoperirea unui sistem natural sau real³⁶; *ficțiuni*

abstractive sau neglective, adică diversele metode în care abaterea de la realitate se manifestă în mod specific prin neglijarea anumitor elemente³⁷; *ficțiunile schematice*, cele care edifică un complex, un eșafodaj, lipsit însă de multe dintre trăsăturile realității³⁸; *ficțiunile*

conferit are o natură juridică diferită de natura lui fizică. Sau se ia în considerare o situație viitoare: un imobil devenind mobil ori un mobil devenind imobil prin destinație (nu poate fi vorba de imobile prin anticipație, nici de mobile prin destinație). Mai pe larg însă, a se vedea *infra*, nr. 59. Articolul 415 din proiectul Codului civil consacră, de asemenea, categoria *bunurilor care rămân sau devin imobile*, iar art. 417 reconsacră categoria *bunurilor mobile prin anticipație*.

³⁷ De exemplu, «celebra ficțiune» *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur* – copilul conceput este considerat născut totdeauna când aceasta va fi în interesul său [art. 7 alin. (2) din Decretul nr. 31/1954 prevede că: „Drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu”]. Articolul 654 C. civ., în materie de succesiune, precizează între altele: „Copilul conceput se consideră că există”. Copilul conceput nu este pur și simplu o «persoană viitoare»; el este protejat juridic «ca și cum» ar exista deja (a se vedea și *infra* nr. 64). Articolul 22 din proiectul Codului civil, referindu-se la drepturile copilului conceput, precizează, de asemenea, că drepturile acestuia „sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu”. Articolul 714 alin. (2) din același proiect reiterează dispozițiile anterioare: „Copilul conceput este considerat că există dacă se va naște viu”.

³⁸ Aparența în drept credem că poate fi un exemplu: o punere în acord *a posteriori* a faptelor cu exigențele juridice. Sau un exemplu particular: „contractul este acordul între două sau mai multe persoane spre a constitui sau a stinge între dânsii un raport juridic” – spune art. 942 C. civ. Ar rezulta, logic, că obligația contractuală nu există decât de la momentul încheierii definitive a contractului, pe de o parte; pe de alta, că obligația este o noțiune unitară, care nu poate fi concepută decât ca efect al contractului perfectat. Dacă unul dintre aceste elemente este ignorat, s-ar putea spune că suntem în prezența unei ficțiuni juridice. Considerând că oferta de a contracta este «un act juridic» obligatoriu pentru autorul lui – deși, în anumite condiții, revocabil – înseamnă că, prin abatere de la realitate, oferta însăși produce efecte contractuale și, dintr-o asemenea perspectivă, ea ar fi constitutivă de ficțiune (a se vedea și *infra*, nr. 30). Datele problemei ar fi esențialmente diferite în ambianța noii reglementări: după ce

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, p. 159.

³⁴ *Ibidem*, p. 172.

³⁵ *Ibidem*, p. 66 și urm., p. 266 și urm.

³⁶ Astfel cum se poate constata din cuprinsul art. 462 C. civ. și al art. 472 C. civ., criteriul «fizic» de clasificare a bunurilor este «rețușat» în raport cu destinația acestora, din considerente de oportunitate juridică și economică. Destinația bunului are uneori ca și consecință faptul că dreptul

paradigmatică sau cazurile imaginare, mai cu seamă în argumentele demonstrative³⁹; *ficțiunile utopice*, cele derivate din utopii⁴⁰; *ficțiunea-tip* sau forma originală imaginară⁴¹; *ficțiunile simbolice* sau analogice ori tropice – o instituție nouă este apercpută printr-un construct ideatic în care există o relație similară, o propoziție analoagă celei existente în seria percepțiilor observate⁴²; *ficțiuni personificatoare*, analogia interesând, în acest caz, grupul de idei

art. 904 din proiectul Codului civil înscrie contractele printre izvoarele obligațiilor, art. 905 definește contractul ca „acord de voință între două sau mai multe părți cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic”.

³⁹ Am putea constitui ca exemplu situațiile imaginate pentru a face posibilă declararea morții unei persoane neprecedată de declararea dispariției.

⁴⁰ Statul ideal al lui Platon poate fi considerat un exemplu. Contractualismul a fost de asemenea o ficțiune filosofică, urmărind înlăturarea reprezentării unei anteriorități a societății în raport cu indivizii, ca și teza originii divine a puterii.

⁴¹ Fără dezvoltările care, poate, s-ar impune, spunem doar că între criteriile pentru stabilirea culpei s-a înscris și unul obiectiv, abstract, având ca reper un om cu o capacitate medie, normală, un om-etalon (celebra ficțiune statistică de *homme moyen* aparține, se pare, lui Quetelet, propusă în lucrarea sa „Sur l'homme et le développement de ces facultés, ou essai de physique sociale”, publicată în 1835. Cum se știe, în drept, «condiția medie» a omului, «bunul părinte de familie», *culpa levis* își găsește uneori aplicare în domeniul răspunderii civile delictuale.) În concepția lui Russell, ficțiunea logică – precum și cea a «omului mediu» – este o construcție logică. Afirmatia poate implica o ușoară confuzie, întrucât, spre deosebire de ficțiuni, construcțiile logice există cu adevărat.

⁴² Bunăoară, s-a considerat că dispozițiile art. 21 din Decretul nr. 31/1954, aplicabile comorienților, sunt aplicabile pentru identitate de rațiune și codecedaților. Soluția – «singura posibilă» – are ca și consecință lipsa capacității succesoriale reciproce sau unilaterale, legale sau testamentare [art. 716 alin. (1) din proiectul Codului civil, cu privire la comorienți consacră de asemenea prezumția că persoanele au murit în același moment, „dacă cel puțin una dintre ele este chemată la succesiunea celeilalte”; în acest caz, precizează alin. (2) al articolului menționat, „succesiunea fiecăreia este transmisă persoanelor care ar fi fost chemate să o culeagă în absența lor”].

legat de o persoană⁴³; *ficțiunile practice*, care sunt în contradicție nu numai cu realitatea, dar sunt în sine contradictorii⁴⁴; *ficțiunea-forță*, derivând din legătura a două evenimente care succed unul celuilalt⁴⁵; *ficțiunile sumative* sau ideile generale⁴⁶ etc. etc.

Înlăuntrul acestor categorii interesează însă, mai ales, deocamdată în termeni generali, *ficțiunile juridice*. „Mecanismul psihologic al aplicării lor constă în subsumarea unui singur caz unui construct conceptual, care, la drept vorbind, nu i-a fost destinat lui, apercputia fiind, prin urmare, o simplă analogie”⁴⁷.

De exemplu, într-un sens mai larg, *ultima ratio* ar putea fi considerată și *analogia iuris*, recurgerea deci la principiile de drept pentru ca, totuși, în sensul art. 3 C. civ., judecătorul să se poată pronunța⁴⁸.

⁴³ Potrivit art. 25 din Decretul nr. 31/1954, statul este „persoană juridică” în raporturile în care participă nemijlocit, în nume propriu, ca subiect de drepturi și obligații civile [art. 147 alin. (1) lit. a) din proiectul Codului civil precizează doar că statul este persoană juridică. A se vedea însă și dispozițiile art. 163-166 din același proiect].

⁴⁴ De exemplu, ideea continuității personalității juridice a autorului de către succesorii săi. O simplă și naivă întrebare: cum se continuă persoana lui *de cuius* atunci când există mai mulți moștenitori în viață?

⁴⁵ Evenimentul precedent este numit «forța» celui care îl urmează. Pe planul răspunderii civile, raportul de cauzalitate între faptă și prejudiciu implică o asemenea ficțiune, prin transformarea acestei relații, a acestei simple succesiuni, în ceva real și special, într-o condiție iminentă a răspunderii.

⁴⁶ O frază sumativă ia locul cazurilor particulare reale. Se recurge deci la un «artificiu substitutiv». De exemplu: răspunderea pentru prejudicii cauzate de lucruri; răspunderea institutorilor pentru prejudicii cauzate de elevi; răspunderea comitentului pentru fapta prepusului.

⁴⁷ H. Vaihinger, op. cit., p. 87.

⁴⁸ Articolul 8 din proiectul Codului civil consacră „analogia legii și analogia dreptului” – de fapt a principiilor generale ale dreptului civil și numai dacă nici acestea nu ar fi suficiente a principiilor dreptului – fiind însă „interzis judecătorului să stabilească dispoziții general obligatorii prin hotărârile pe care le pronunță în cauzele ce îi sunt supuse judecării”.

Un alt exemplu ar putea fi mai sugestiv, cel derivat din adagiul *ubi eadem ratio idem ius – actio de in rem verso*. Sesizându-se anormalitatea îmbogățirii patrimoniului unei persoane în paguba alteia, fără nici o cauză justificativă a îmbogățirii și, respectiv, a sărăcirii, prohibirea unei astfel de îmbogățiri a stăruit, deși legea nu a consacrat-o expres⁴⁹. Acțiunea de *in rem verso* este acordată în toate cazurile în care s-a produs o îmbogățire fără cauză, dacă, între altele, cel păgubit nu are nici o altă cale pentru a cere restituirea valorii folosului decât *actio de in rem verso*.

Într-adevăr, „datorită unor interese practice, un caz particular este încadrat unui concept general căruia, în fapt, nu îi aparține”⁵⁰.

Între ficțiunile analogice, în calitate de categorii, și ficțiunile juridice – *fictiones iuris* – există o identitate de principiu. Și la *fictio iuris* un lucru care nu s-a întâmplat este considerat «ca și cum» s-ar fi întâmplat sau *vice versa*, ori un caz particular este pus într-o relație de analogie aflată în contradicție cu realitatea.

Și alte metode de interpretare logică, precum *a simili ad simile*, *a fortiori*, *a pari*, conduc la același rezultat.

Iată un exemplu, convingător credem, de aplicare a argumentului că legiuitorul, reglementând o situație, a stabilit toate celelalte cazuri similare. Anterior modificării legii de procedură civilă, inclusiv a dispozițiilor art. 296 C. proc. civ., potrivit cărora, în principiu, părții nu i se poate crea o situație mai grea, în propria cale de atac, decât aceea din hotărârea atacată, prin referire la art. 372 alin. (1) C. proc. pen., s-a făcut totuși aplicarea principiului *non reformatio in peius* și în procesul civil „ca măsură de logică juridică și de echitate” – cum s-a exprimat cândva instanța supremă.

Pe baza argumentului *a fortiori*, reglementarea legii de la un anumit caz se extinde la un alt caz, asemănător primului, dar nereglementat expres. De exemplu, debitorului i se aplică sancțiunea

⁴⁹ Remarcăm că art. 904 din proiectata legiuire civilă înscrie printre izvoarele obligațiilor și „îmbogățirea fără justă cauză”. Articolul 1093 precizează condițiile și limitele obligației subsidiare de despăgubire, iar art. 1094 menționează ipotezele de «justă cauză».

⁵⁰ H. Vaihinger, op. cit., p. 87.

civilă prevăzută de art. 1025 C. civ., decade deci din beneficiul termenului, atunci când micșorează garanțiile pe care le-a dat creditorului, iar această micșorare îi este imputabilă. *A fortiori* aceeași trebuie să fie sancțiunea când el refuză să constituie garanțiile promise⁵¹ (firește, este vorba de acele mijloace specifice de garantare a obligațiilor care exced dreptului de gaj general al creditorilor chirografari, instituit prin art. 1718 C. civ.).

Dacă, în ipotezele arătate sau în altele asemănătoare, suntem sau nu în prezența unei ficțiuni juridice rămâne încă de discutat. Aceasta, întrucât ficțiunea juridică nu este în primul rând un procedeu tehnic de extrapolare a normelor juridice pe calea metodelor logice de interpretare a acestora, cât, mai ales, o soluție juridică prin care, *conștient, deliberat, se ignoră unele elemente ale realității ori, deși nu sunt ignorate, ele sunt contrazise*.

Totdeauna ficțiunea juridică complinește, adaptează sau actualizează reglementarea legislativă, dar nu totdeauna complinirea unei lacune legislative înseamnă ficțiune.

3. Problema imanenței ficțiunilor. Sunt oare ficțiunile indispensabile dreptului? Nu s-ar putea ajunge la același rezultat fără să se recurgă la ficțiuni? Propozițiile ficționale, chiar normative, nu pot fi oare «re-scrise», pentru a ne «elibera» astfel de ficțiuni? În cuprinsul unui demers, răspunsul a fost categoric afirmativ, considerând că simpla înlocuire a unor termeni într-o propoziție juridică, chiar normativă, este suficientă pentru a se asigura același rezultat ca și cel urmărit prin prezumții și ficțiuni, fără ca totuși să se recurgă la acestea⁵². Abstracție făcând de calificarea dată unor

⁵¹ Decăderea debitorului din beneficiul termenului este reglementată și prin dispozițiile art. 1159 din proiectul Codului civil, inclusiv pentru situația când, cu intenție sau dintr-o neglijență gravă, diminuează prin fapta sa garanțiile constituite în favoarea creditorului sau nu constituie garanțiile promise. Mai mult chiar, decăderea poate fi cerută și atunci când, din vina sa, debitorul ajunge în situația de a nu mai satisface o condiție, considerată esențială de creditor la data încheierii contractului.

⁵² A. Bayart, *Peut-on éliminer les fictions du discours juridique?*, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, p. 27 și urm.

instituții juridice – discutabilă neîndoielnic –, aducem în atenție două asemenea exemple ale unui „joc de tălmăcire”, cum spunea autorul. Considerând adagiul *res iudicata pro veritate habetur* ca fiind o ficțiune⁵³, pentru înlăturarea ficțiunii s-ar putea spune: „Atunci când o problemă de fapt sau de drept a fost tranșată printr-o decizie judiciară și atunci când aceeași problemă este invocată într-un alt proces, judecătorul trebuie, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege, să o tranșeze în același mod în care a făcut-o prin decizia anterioară”⁵⁴. În locul unei exprimări concise, prin sintagma «autoritatea lucrului judecat», se recurge la explicarea acesteia, înlăturând termenii care ar putea sugera ficțiunea, adică un „lucru șocant”, atribuind unei hotărâri judecătorești o „infaibilitate pe care nu o posedă”. Considerând adagiul *nemo legem ignorare censetur* ca fiind de asemenea o ficțiune, aceasta ar putea fi înlăturată – în opinia autorului – transcriindu-l astfel: „Exceptând ignoranța invincibilă, legea se aplică chiar și acelor care o ignoră”⁵⁵. Prin astfel de transcrieri, ficțiunile n-ar mai prezenta nici o utilitate tehnică, mai ales că ele sunt și «nocive».

Cât privește «utilitatea» ficțiunilor, întrebuintate desigur rezonabil și ca soluție extremă, n-avem nici o îndoială. Dar chiar în formulările oferite, ni se pare că, totuși, există elemente ficționale.

Nu mai puțin însă, prin astfel de formulări, deloc neglijabile, multe dintre ficțiunile practicate ar putea fi abandonate, recurgând la texte normative «explicative», neîndoielnic mai accesibile și mai comprehensibile. De exemplu, potrivit art. 517 C. civ., „ uzufructul este dreptul de a se bucura cineva de lucrurile ce sunt proprietatea altuia, întocmai ca însuși proprietarul lor, însă cu îndatorirea de a le conserva substanța”. Este limpede: un drept de uzufruct nu poate

⁵³ El ar putea fi transcris astfel: „Autoritatea lucrului judecat constă în aceea că, indiferent de meritul real al hotărârii pronunțate, ea trebuie considerată *ca și cum* este conformă adevărului” (*ibidem*, p. 29.). Ideea de ficțiune ar fi evocată tocmai prin cuvintele «ca și cum».

⁵⁴ *Ibidem*, p. 30. Precizăm că, în sistemul francez și în cel belgian, autoritatea lucrului judecat nu este de ordine publică.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 32.

să privească lucruri care, prin întrebuintare, se consumă. Totuși, art. 526 C. civ. se referă la uzufructul lucrurilor de care „nu se poate cineva servi fără a le consuma”⁵⁶. Pentru a înlătura contradicția din reglementare, dar și ficțiunea pe care această reglementare o inculcă, s-ar putea spune: „Lucrurile consumptibile sunt cele care se consumă prin întrebuintare. Uzufructul este dreptul de a se folosi de lucrurile care sunt proprietatea altuia, întocmai ca proprietarul lor. Dacă lucrurile sunt neconsumptibile, uzufructuarul trebuie să le conserve substanța. Dacă lucrurile sunt consumptibile, uzufructuarul trebuie să le înapoieze, la sfârșitul uzufructului, în aceeași cantitate, calitate sau valoare ori să plătească prețul acestora”⁵⁷.

S-ar putea deci, de multe ori, să se înlocuiască limbajul ficțiunilor cu un limbaj conform realității. Dar nu totdeauna. Iată, bunăoară, art. 2 alin. (1) din Constituție, astfel cum a fost reformulat în urma revizuirii, proclamă: „Suveranitatea națională aparține poporului român, care o exercită prin organele sale reprezentative, constituite prin alegeri libere, periodice și corecte, precum și prin referendum”. Abstracție făcând de faptul că, dacă suveranitatea este „națională”, ea ar trebui să aparțină „Națiunii” – categorie însă abstractă, neoperabilă în contextul dat – este de ordinul evidenței că niciodată, *in corpore*, poporul nu exercită suveranitatea, iar corpul electoral sau cel referendar niciodată nu se identifică cu toate persoanele care alcătuiesc categoria socială de «popor» și că nici corpul electoral sau cel referendar nu exprimă o voință unanimă, ci doar una majoritară. Dar nici nu s-ar putea spune că suveranitatea națională aparține corpului electoral sau referendar, implicând astfel ideea divizibilității suveranității – contrar de altfel celor

⁵⁶ Articolul 554 din proiectul Codului civil, definind uzufructul, precizează de asemenea îndatorirea de a conserva substanța bunului folosit. Sub titlul marginal „Cvasiuzufructul”, art. 564 reglementează totuși uzufructul unor bunuri consumptibile.

⁵⁷ În acest sens, art. 564 *in fine* din proiectata legiuire civilă prevede obligația uzufructuarului de a „restitui bunuri de aceeași cantitate, calitate și valoare sau, după caz, contravaloarea lor la data stingerii uzufructului”.

prevăzute de art. 2 alin. (2) din Constituție – și deturnându-i semnificațiile și implicațiile.

Așadar, ficțiunea nu este inevitabilă, dar, uneori, numai ea poate întâmpina dezideratul urmărit.

4. Semnificațiile ficțiunii. Abstracție făcând de sensul figurativ sau de cel poetic, *ficțiunea este o reprezentare care nu corespunde realității sau care nu are corespondent în realitate*. Ficțiunea, spre deosebire de prezumțiile irefragabile, este o calificare a faptelor totdeauna contrară *realității juridice*⁵⁸. Astfel înțeleasă, prezența ficțiunii în sistemul dreptului – un sistem împovărat de rigori, ale cărui norme descriu, parcă, curioasa formă de mișcare a unui bumerang: totul pleacă de la realitate și se întoarce la ea – nu poate decât să surprindă sau poate avea suspecte rezonanțe. Cum să-și afle locul și justificarea denaturarea deliberată a adevărului? Ideea de «minciună a legii» pare o monstruozitate juridică. Și totuși, pentru a «explica» ceea ce pare inexplicabil ori pentru a «rezolva» ceea ce pare insolubil, doctrina și legiuitorul au acreditat ideea și fenomenul ficțiunii, aparent paradoxal, producătoare de efecte juridice, iar practica judiciară, uneori fără să le numească ficțiuni, alteori numindu-le astfel ori considerându-le prezumții, le-a cultivat și le cultivă. Ficțiunile au devenit un «succedaneu» al insuficienței sau deficienței sistemului normativ⁵⁹.

⁵⁸ Ch. Pelerman, Logique juridique. Nouvelle réthorique, Dalloz, 1999, nr. 39.

⁵⁹ În opinia lui Ch. Pelerman (op. cit., p. 39), ficțiunea nu poate avea decât o sursă jurisprudențială; opțiunea legiuitorului, indiferent care este aceasta, „nu constituie niciodată o ficțiune juridică, chiar dacă ea se îndepărtează de realitatea considerată în sens comun”. În opinia noastră, conformă realității legiuitoare, uneori însuși legiuitorul atribuie eficiență juridică unor ficțiuni. De exemplu: „Reprezentarea este o *ficțiune a legii*, care are de efect de a pune pe reprezentanți în locul, în gradul și în dreptul reprezentantului” [s.n.] – art. 664 C. civ. Este singurul text explicit cu privire la ficțiuni ale legii, dar nu și singura situație în care legea admite ficțiuni (cât privește reprezentarea succesorală, a se vedea însă *infra* nr. 48, 49.) Articolul 724 și urm. din proiectul Codului civil, reglementând

Termenii întrebuițați pentru a desemna ficțiunea evocă ei înșiși diversitatea opiniilor, ambiguitatea sensurilor sau chiar posibilele confuzii. Astfel: invenție, părere, fantezie, idee imaginară, *cvasi* (*cvasi-contract*, *cvasi-delict*), cuvânt auxiliar, direcție auxiliară, expedient, artificiu, stratagemă, idee contrafăcută, tertip, demers, punte, schelă, substitut, surrogat, supoziție, concept arbitrar, idee provizorie, idee euristică, ipoteză adițională, *modus dicendi*, ocol, mijloc de orientare, concept arbitrar, idee ludică, idee amăgitoare etc. etc. Unii dintre acești termeni substitutivi sunt cu totul improprii, alții evocă doar mijloacele auxiliare ale gândirii; unii vizează funcția procedului, alții procedeul însuși. Pericolul care stăruie însă prin întrebuițarea unora dintre acești termeni constă în posibilitatea confundării ficțiunii cu ipoteza și cu prezumția. Vom folosi deci un singur termen, unificator: *ficțiune*. În esență, ficțiunea semnifică imaginativul, contrar realității sau în afara realității. Toate încercările de definire, sub semnul semnificațiilor juridice, nu puteau evita esența ficțiunii, chiar dacă, uneori, accentul s-a pus pe scopul și utilitatea acesteia⁶⁰. Bunăoară: ficțiunea ar fi „un procedeu tehnic care constă în plasarea, prin gândire, a unui fapt, a unui lucru sau a unei persoane într-o categorie, în cunoștință de improprietatea ei, pentru ca, pe cale de consecință, să beneficieze de soluția practică proprie acelei categorii”⁶¹; „procedeu tehnic constând în a admite un fapt sau o situație diferită de

de asemenea reprezentarea succesorală, a înlăturat, pe bună dreptate, caracterizarea eronată a acesteia ca „ficțiune a legii”.

⁶⁰ Cu privire la variile semnificații atribuite termenului «ficțiune», împreună cu amplele repere doctrinare, a se vedea: Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Dictionnaire d'Equilles, sous la directions de A.-J. Arnaud et de J.G. Belley, J.A. Carty, J. Commaille, A. Devillé, E. Landowski, F. Ost, J.F. Perrin, J. Wroblewski, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E. Story – Scientia, Paris – Bruxelles, 1988, p. 157-160.

⁶¹ R. Dekkers, op. cit., nr. 137.

realitate pentru a-i recunoaște consecințe juridice”⁶²; există ficțiune „de fiecare dată când o realitate naturală este înfrântă de către juristul creator de drept, denegând sau denaturând conștient”⁶³; „asertiune a cărei falsitate nu e demonstrabilă prin raportare la realitate”⁶⁴; pentru a fi o ficțiune trebuie ca „dispoziția să deformeze conștient realitatea juridică”⁶⁵; ficțiunea semnifică un „refuz deliberat al realității”; „ea pune conștient la baza demersului juridic o afirmație care nu corespunde realității”⁶⁶; „procedeu al tehnicii juridice prin care se califică o situație, contrară realului, în scopul de a-i atribui acesteia consecințele juridice decurgând dintr-o asemenea calificare”⁶⁷.

Două categorii de constatări și, poate, observații ne îngăduim în marginea acestor posibile definiții și în lipsa unei definiții «sistematice» a ficțiunii: cele, așa-zicând, «pozitive» (considerarea ficțiunii ca abatere, deformare sau ignorare a realității ori a unora dintre elementele acesteia; o abatere conștientă, deliberată; întrebuițarea ficțiunii ca procedeu tehnic; întrebuițarea ei în scopul de a produce efecte juridice); cele, așa numindu-le «negative» (nedeterminarea completă a criteriului de referință – realitate materială sau realitate juridică ori amândouă?; definirea exclusiv logică sau exclusiv lingvistică a ficțiunii și ignorarea specificității ei juridice; includerea uneori a ficțiunii și a prezumției în aceeași categorie sau considerarea prezumțiilor irefragabile ca sursă a

⁶² H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, cit. *supra*, termenul *fiction*; P. Foriers, *Présomptions et fictions*, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, Études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, 1974.

⁶³ J. Dabin, op. cit., p. 321.

⁶⁴ J. Wróblewski, *Structure et fonctions des présomptions juridique*, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, p. 67.

⁶⁵ Ch. Pelerman, *Essai de synthèse*, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, p. 347.

⁶⁶ J. Rivero, *Fictions et présomptions en droit public français*, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, p. 102.

⁶⁷ J.J.A. Salmon, *Le procédé de la fiction en droit international public*, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, p. 114.

ficțiunilor; confuziunea ficțiunii cu analogia sau cu aplicarea extensivă a normelor juridice).

Unele nuanțări sau completări ar fi deci necesare.

a) Ficțiunea semnifică o denegare sau o denaturare *conștientă* a unei *realități* de către juristul «creator» al dreptului; ficțiunea evocă ceea ce este simulat ori inventat de către legiuitor, de către instanță uneori sau chiar de către subiectele de drept. Un asemenea sens este apropiat celui din cultura romană imperială – *fictio est in re certa eius quod est possibile contra veritatem pro veritate a iure facta assumptio*. Această concepție, care atribuie ficțiunii un rol «creator» – similar celui din epoca romană, prin recurs la acțiunile utile sau fictive permise de pretor pentru a străpunge rigiditatea formalismului juridic – nu-și mai află însă locul în dreptul modern decât cu totul marginal, precum, în contextul dispozițiilor art. 468 C. civ., cu privire la bunuri imobile prin «destinație», și ale art. 472 C. civ. cu privire la bunuri mobile prin determinarea legii⁶⁸.

Juridicește vorbind, ficțiunea este un artificiu de tehnică juridică⁶⁹, în principiu rezervat legiuitorului suveran, constând în presupunerea unui fapt sau a unei situații într-un mod diferit de realitate, în scopul de a produce un efect juridic⁷⁰. De exemplu, în sensul art. 1295 C. civ., vânzarea-cumpărarea este un contract translativ de proprietate din momentul încheierii lui, proprietatea fiind „de drept strămutată” *solo consensu*, deși „lucrul încă nu se va fi predat și prețul încă nu se va fi numărat”, dacă părțile nu au amânat transferul proprietății, printr-o clauză specială, pentru un moment ulterior încheierii contractului⁷¹. Dublul aspect al transfe-

⁶⁸ Cu privire la evoluția acestei reglementări și motivele care au determinat-o, a se vedea, bunăoară H. et L. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1^{re}, premier volume, 4^e éd., Éditions Montchrestien, 1967, p. 208 și urm. (a se vedea însă și *infra*, nr. 59.)

⁶⁹ A se vedea *infra*, nr. 12.

⁷⁰ G. Cornu, op. cit., p. 355.

⁷¹ Asupra altor condiții pentru a opera principiul transmiterii imediate a dreptului de proprietate – și a riscurilor – din momentul încheierii contractului, a se vedea Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. „Universul Juridic”, București, 2001, p. 15-19 (art. 1298 din proiectul

rului imediat – al proprietății și al riscurilor – poate avea o oarecare înțelegere, dar ficțiunea implică și serioase dezavantaje: în lipsa unor formalități de publicitate, opozabilitatea transferului de proprietate față de terți este ea însăși imaginată; greu de înțeles rămâne și asumarea riscurilor de către cumpărător fără remiterea materială a lucrului cumpărat.

Uneori ficțiunea nu este opera «legiuitorului suveran» – care, «suveran» fiind, poate face loc și unor «minciuni ale legii» – ci ea este creația jurisprudenței⁷². Unora li se va părea o «curiozitate», dar trebuie să ne obișnuim cu ea, și încă cu atâtea altele.

O precizare se impune dintr-un început: unele dintre exemplele ce vor urma ar putea fi considerate prezumții irefragabile; dar, pe lângă faptul că o astfel de calificare rămâne discutabilă, în ce ne privește – cum vom încerca să argumentăm⁷³ – prezumțiile *iuris et de iure* sunt de fapt ficțiuni.

Între exemplele de *ficțiuni jurisprudențiale*, unele având chiar semnificația unor reguli de drept, aducem în atenție, sumar descrise, doar câteva: deși, din cuprinsul art. 86 alin. (1) și al art. 107 alin. (1) C. fam. rezultă că obligația de întreținere se datorează copilului minor, instanța supremă a decis că, în anumite condiții, ea se datorează și copilului major, dar până la vârsta de 25 de ani⁷⁴; în conformitate cu sensul, implicit, al dispozițiilor art. 1685 și urm. C. civ.,

Codului civil cuprinde o reglementare similară: „Cu excepția cazurilor prevăzute de lege ori dacă din voința părților nu rezultă contrariul, proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat ori prețul nu a fost plătit încă”).

⁷² Împreună cu exemplele oferite, a se vedea: *Fr. Gény*, op. cit., nr. 243, 249; *P. Foriers*, op. cit., p. 23; *A.-M. Leroyer*, op. cit., nr. 106 și urm.; *R. Decottignies*, *Les présomptions en droit privé*, Lille, 1949, nr. 115 (pe larg, a se vedea *infra*, nr. 56 și urm.).

⁷³ A se vedea *infra*, nr. 24 și urm.

⁷⁴ Trib. Suprem, Plen, decizia de îndrumare nr. 2/1971, în „Culegere de decizii”, 1971, p. 13-16 [art. 403 alin. (3) din proiectul Codului civil prevede acum că „părinții sunt obligați să întrețină pe copilul devenit major, dacă se află în continuarea studiilor, până la terminarea acestora, fără a depăși vârsta de 26 de ani”].

s-a considerat că gajul este inexistent, dacă el a fost făcut fără predarea lucrurilor gajate în mâinile creditorului sau unei terțe persoane alese de părți⁷⁵; instanțele au acordat și acordă despăgubiri, în cadrul răspunderii civile delictuale, și atunci când prejudiciul este rezultatul încălcării unor simple interese ale persoanei vătămate, interese care exced unui drept subiectiv⁷⁶; deși lipsa discernământului duce la lipsa vinovăției și, pe cale de consecință, la imposibilitatea angajării răspunderii civile delictuale, totuși, din considerente de echitate, persoana aflată într-o asemenea stare a fost obligată la despăgubiri pentru repararea pagubei, în raport cu posibilitățile ei materiale⁷⁷.

Pentru unele dintre aceste ipoteze s-ar putea spune că nu este vorba de ficțiuni, ci de concluzii induse prin analogie. Deosebiriile dintre ficțiune și analogie sunt însă suficient de tranșante⁷⁸.

Uneori ficțiunea demonstrează puterea «inventivă» a *doctrinei*. Exemplul deplin edificator îl constituie ideea continuării persona-

⁷⁵ Înalta Curte de Casație, secția a II-a, Decizia nr. 516/1927, în „Juris. rom.”, 1927, nr. 45, p. 75 [art. 1856 alin. (1) din textul provizoriu al Codului civil precizează, de asemenea, că gajul se constituie prin remiterea lucrului sau titlului către creditor sau, după caz, prin menținerea posesiunii creditorului, cu consimțământul debitorului, în scopul garantării creanței; gajul există numai atâta timp cât posesiunea exercitată de creditor este continuă – art. 1858 alin. (1); creditorul poate însă, cu acordul debitorului, să exercite posesiunea sa prin intermediul unui terț, dar posesiunea exercitată de acesta nu asigură opozabilitatea gajului decât din momentul în care a primit înscrisul constatator al gajului – art. 1859 din același cod].

⁷⁶ Pentru jurisprudență și doctrină în acest sens, a se vedea *I. Dogaru* (coord.), *Drept civil. Idei producătoare de efecte juridice*, Ed. ALL Beck, București, 2002, nr. 731.

⁷⁷ Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr. 175/1972, în „Culegere de decizii”, 1972, p. 151-153.

⁷⁸ A se vedea *infra*, nr. 5. Într-un sens apropiat, art. 1107 din proiectul legii civile prevede răspunderea subsidiară a persoanei lipsită de discernământ, „ținând seama de starea patrimonială a părților”, în scopul unei „despăgubiri echitabile”.

lității juridice a lui *de cuius* de către moștenitorii săi⁷⁹, revelându-ni-se astfel că patrimoniul li s-a transmis *ipso iure* în momentul decesului și că ei sunt obligați *ultra vires, in infinitum*, peste emolumentul primit.

Să mai adăugăm, exemplificativ desigur: ficțiunea antecontractului, imaginată de Demolombe, pentru a induce valoarea obligatorie a ofertei care n-a fost încă acceptată⁸⁰; legea este expresia «voinței generale» sau parlamentarii sunt «reprezentanții Națiunii» ori că Națiunea – categorie abstractă – este totuși «titulara suveranității».

Ficțiunile pot fi, excepțional, și creația *subiectelor de drept*, fie pe baza unei autorizări legale și, bineînțeles, în limitele acesteia (de exemplu, clauza de retroactivitate în cazul fuziunii sau scindării societăților comerciale), fie chiar în lipsa unei asemenea autorizări (de exemplu retroactivitatea convențională a efectelor actului

⁷⁹ Această ficțiune a fost originată – se pare – de celebrii civilști francezi: C. Aubry, C. Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de C. Zachariae, éd. IV-a, 1869, t. 2, nr. 162 și t. 5, nr. 573. Spunem însă «se pare», pentru că Domat, în „Loix civiles dans leur ordre naturel”, prin trei dintre articolele lucrării consacrate *Succesiunilor în general* exprimă principiul continuării personalității defunctului de către moștenitorii săi, în art. VIII spunându-se: „L'heritier succédant aux biens et aux charges, il se met en la place du défunt (...)” (apud M. Billian, La transmission des créances et des dettes, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, nr. 116). Adevărul este că, deși raportul juridic de obligație este strict personal, romanii au făcut loc ficțiunii continuării personalității juridice a lui *de cuius*: *nostris videtur legibus unam esse personam heredis et eius qui in eum transmitti hereditatem* (a se vedea I. Deleanu, S. Deleanu, Mică enciclopedie a dreptului. Adagii și locuțiuni latine în dreptul românesc, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 2000, p. 410). Unii doctrinari o consideră o ficțiune legală (F. Terré, Introduction générale au droit, 2^e éd., Dalloz, 1994, nr. 408). Într-adevăr, acum, soluția rezultă din interpretarea *a contrario* a dispozițiilor art. 802 din Codul civil francez, respectiv art. 713 din Codul civil român.

⁸⁰ J. Ghestin, Traité de droit civil. La formation du contrat, 3^e éd, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, nr. 306, care evocă două ficțiuni: acceptarea fictivă a ofertei și ficțiunea acordului de voințe.

juridic, antedatarea, clauza de stabilitate legislativă în raporturile cu investitorii străini, acordul simulatoriu⁸¹).

b) Ficțiunea ar fi demersul pentru a provoca ori pentru a stimula evoluția unui sistem prea formalist, tinzând la ermetizare.

Sub semnul unui asemenea scop, ficțiunea implică ideea de inovație latentă a legii printr-o – cum spunea Pelerman – „falsă calificare a faptelor”⁸². Mărginind ficțiunile juridice numai la cele jurisprudențiale, s-a spus de asemenea că ficțiunea e o formă de „revoltă contra realității juridice”, revolta celui care nu o poate modifica, dar care refuză să i se conformeze, pentru că l-ar obliga să adopte „o hotărâre injustă, inadecvată și nerezonabilă”⁸³. Ficțiunile ar permite o „reformă liniștită și justificată”, constituind o sursă de inspirație pentru legiuitor⁸⁴. Dezlegarea pentru a proceda astfel le este dată prin câteva dispoziții legale de largă generozitate: interpretarea contractelor nu trebuie făcută „după sensul literal al termenilor” – art. 977 C. civ.; o clauză trebuie interpretată „în sensul ce poate avea un efect” – art. 978 C. civ.; „dispozițiile îndoioase se interpretează după obiceiul locului unde s-a încheiat contractul” – art. 980 C. civ.; clauzele „obișnuite” într-un contract „se subînțeleg, deși nu sunt exprese într-însul” – art. 981 C. civ.⁸⁵ etc. Ficțiunea ar semnifica astfel și alegerea unei interpretări admisibile.

c) Ficțiunea ar putea fi calificată și ca mijloc teoretic pentru a explica precepte juridice, în scopul generalizării și al clasificării acestora⁸⁶. Ea este astfel atașată exegezei normelor juridice. Relaționarea ficțiunii cu demersul doctrinar sugerează interpretarea *de*

⁸¹ Pe larg, a se vedea o distinctă monografie: FLA. Baias, Simulația. Studiu de doctrină și jurisprudență, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 93 și urm.

⁸² Ch. Pelerman, op. cit., nr. 39.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ P. Foirers, Présomptions et fictions, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, p. 25, 26.

⁸⁵ Într-un sens apropiat, a se vedea dispozițiile art. 980-984 din proiectul Codului civil.

⁸⁶ R. Pound, Jurisprudence, vol. III, St. Paul, West, 1959, p. 87.

lege lata, niciodată de *lege ferenda*, iar uneori interpretarea prin analogie. Relațiile dintre normele juridice sunt simplificate, introducându-se totodată în sistemul acestora legături artificiale și un denominator comun pentru a permite repartizarea sau reducțiunea lor conceptuală.

d) Ficțiunea prezintă unele similitudini cu *analogia*, cu *asimilarea* și cu *împrumutul de regim juridic*. Toate aceste forme de asociere, deși pot conduce la identificarea unor termeni esențialmente diferiți, sunt posibile – pe căi diferite, ce e drept –, întrucât, prin oricare dintre ele se ajunge, în cele din urmă, la *același rezultat*. Unele „dificultăți reziduale”⁸⁷ ale distincției între categoriile arătate fac de asemenea posibilă identificarea lor, nejustificată însă. Bunăoară: s-a considerat că subrogația reală este o ficțiune⁸⁸, mai ales atunci când obiectul dreptului de proprietate este înlocuit cu o creanță, cu un drept personal; sau în cazul vânzării cu clauză de rezervă a proprietății.

Totuși, similitudinile între termenii ce alcătuiesc sintagmele arătate nu justifică identificarea acestor termeni.

5. Ficțiunea și analogia. *Analogia*⁸⁹, operând cu argumentul de interpretare logică *a simili ad simile*, iar uneori cu argumentul *a fortiori* sau *a pari*, semnifică un proces de «egalizare» a unor categorii care prezintă caractere esențiale asemănătoare⁹⁰. Raționa-

⁸⁷ A se vedea A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 176 și urm.

⁸⁸ C. Aubry, C. Rau, op. cit., t. 9, parag. 575, p. 340. În doctrina noastră: N.G. Luțescu, Teoria generală a drepturilor reale, București, 1947, p. 75, 76 (în sens contrar: P.C. Vlăchide, Repetiția principiilor de drept civil, vol. I, Ed. „Europa Nova”, București, 1994, p. 38; V. Stoica, Noțiunea juridică de patrimoniu, în „Pandectele Române”, culegere de studii, Ed. „Rosetti”, București, 2003, p. 208, 209). Pentru o mai largă analiză, a se vedea: F. Terré, Ph. Simler, Droit civil. Les biens, 4^e éd., Dalloz, 1992, p. 300 și urm.; R. Dekkers, op. cit., nr. 361; A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 177, împreună cu aparatul bibliografic și jurisprudențial.

⁸⁹ Cu privire la diferitele sensuri ale analogiei, a se vedea: Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, cit. *supra*, p. 10-12.

⁹⁰ A se vedea, de asemenea: F. Gény, op. cit., p. 381, 382; R. Dekkers, op. cit., p. 92.

mentul prin analogie permite extinderea la un caz neprevăzut a unei dispoziții vizând un caz similar sau inducerea unui principiu general pentru a permite includerea unui caz neprevăzut. „Egalitatea juridică” – spunea F. Gény – „justifică funciarmamente analogia”⁹¹. Analogia este o formă de complinire a lacunelor dreptului⁹², întrucât el nu cuprinde și nu poate cuprinde toate propozițiile prin care să se definească statutul deontic al oricărui caz. Iar „judecătorul care va refuza de a judeca, sub cuvânt că legea nu prevede, sau că este întunecată sau neîndestulătoare, va putea fi urmărit ca fiind culpabil de denegare de dreptate” – spune art. 3 C. civ.⁹³ Analogia presupune deci comparare pentru a scoate în evidență similaritățile. „Rolul propriu ficțiunii” ar fi „extensiunea analogică”, „asimilarea necesară” a unui caz neprevăzut și situarea lui sub guvernământul unui principiu esențial și imuabil⁹⁴. Printr-o „hermeneutică îndrăzneată”, tehnica analogiei declară ca esențialmente „egale” cazuri asemănătoare⁹⁵, „egale” sub aspectul tratamentului juridic. Mai exact, este vorba de „egalizare”, nu de „egalitate”.

Deosebirea decisivă însă dintre ficțiune și analogie constă în faptul că, pe când ficțiunea are ca rezultat o «egalizare funcțională» între două categorii esențialmente diferite prin natura lor și recunoscute ca atare, analogia privește două categorii care, esențialmente, prezintă caracteristici asemănătoare. Ficțiunea «construiește» o nouă categorie ori stabilește o nouă schemă de comportament juridic; analogia este simplamente o inferență singulară și speci-

⁹¹ Science et technique en droit privé positif, cit. *supra*, t. 3, p. 141.

⁹² Pot fi lacune «imane» sau «teleologice» și lacune «transcendente» sau «ideologice» (uneori «lacune axiologice» sau «false lacune»); «lacune externe» (*praeter legem*) și «lacune interne» (*intra legem*).

⁹³ Pe larg, a se vedea *infra*, nr. 55 și urm.

⁹⁴ R. Dekkers, op. cit., p. 92; J.M. Delgado-Ocando, La fictions juridique dans le Cod civil vénézuélien avec quelques références à la législation comparé, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, p. 80. Analogia nu trebuie confundată cu interpretarea extensivă, prima fiind un mijloc de «integrare», de «asmiliare».

⁹⁵ J.M. Delgado-Ocando, op. cit., p. 81.

fică, având ca fundament *ratio legis* sau *ratio iuris*⁹⁶ – *ubi eadem est legis ratio ibi eadem est legis dispositio*.⁹⁷ Raționamentul prin ficțiune conduce la afirmarea „arbitrară” a unei „identități inexacte”⁹⁸. Ea creează o breșă pentru evoluția dreptului, constituind un gen de «supapă de siguranță» a acestuia, pentru adaptabilitatea lui la viață.

6. Ficțiunea și asimilarea. *Asimilarea* constă în atașarea unei situații, a unui caz ori a unei noțiuni juridice la o categorie vecină, făcând abstracție, mai mult sau mai puțin artificial, de diferențele existente, în scopul de a supune, în totul sau în parte, elementul asimilat regimului juridic aplicabil categoriei la care s-a atașat⁹⁹. Abstracția făcută, cât privește diferențele existente, poate conduce la confuzia asimilării cu ficțiunea. Într-adevăr, dacă prin asimilare instituția asimilată dobândește o altă natură sau o altă calificare, suntem în prezența unei ficțiuni (de exemplu, asimilarea jurisprudențială a situației de *culpa lata* cu dolul¹⁰⁰). Asimilarea este în

⁹⁶ *Fr. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2^e éd., 1954, t. 1, nr. 107.

⁹⁷ Adagiul este un argument de «analogie» (*I. Deleanu, S. Deleanu*, op. cit., p. 406, 407).

⁹⁸ *A.-M. Leroyer*, op. cit., nr. 164.

⁹⁹ *G. Cornu*, *Vocabulaire juridique*, cit. *supra*, p. 72.

¹⁰⁰ Pentru doctrină și jurisprudență, a se vedea *A.-M. Leroyer*, op. cit., nr. 168. *Culpa lata dolo aequiparatur*. În epoca iustiniană, acest adagiul implica asimilarea ca simplă echivalență, punând pe același plan două instituții juridice distincte, pentru ca fiecare să producă aceleași efecte. Ficțiunea s-a conturat atunci când jurisprudența, asimilând cele două instituții, a dedus că și *culpa lata*, întocmai ca și dolul, antrenează aceleași consecințe cât privește întinderea obligației de reparare a prejudiciului, deși ele au o natură juridică total diferită [întrucât în doctrina noastră, izolat, se mai spune că gradele culpei au relevanță în unele contracte, este locul să precizăm că în doctrina franceză modernă, făcându-se exegeza dispozițiilor art. 1137 C. civ. – căroră le corespund prevederile art. 1080 din legea noastră civilă – se consideră, întemeiat, că diviziunea tripartită a culpei în materia răspunderii contractuale – „seducătoare pentru amatorii de simetrii între categorii contractuale și modele de comportament” – a fost abandonată, orice culpă angajând răspunderea contractuală, dar

realitate o ficțiune atunci când astfel se identifică două instituții având o natură juridică *distinctă*. Ea este asimilare propriu-zisă când apropierea celor două instituții se face în considerarea unor trăsături *comune*, când este deci posibilă *analogia*.

7. Ficțiunea și împrumutul de regim juridic. Aplicarea prin „împrumut” a unor norme juridice se realizează cel mai adesea prin mecanismul „trimiterii” la acea normă¹⁰¹. Justificarea „trimiterii” constă în existența unei analogii¹⁰². Diferența față de ficțiune se observă lesne și cu claritate: prin „trimiteri” se „împrumută” un anume regim juridic; pe calea ficțiunii, două instituții *distincte* sunt considerate *identice*. Cel mult, s-ar putea spune că, în cazul ficțiunilor legale, acestea sunt „trimiteri oculte”. Confuzia între cele

conținutul obligației este variabil, dacă nu există clauză sau dispoziție legală supletivă contrară. În acest sens, bunăoară *Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette*, *Droit civil. Les obligations*, 3^e éd., Précis Dalloz, 1993, nr. 546-548. Și *Planiol* spunea de altfel, în legătură cu «teoria celor trei culpe», că „obligația variază în întindere, nu culpa în gravitate.” Articolul 1008 din proiectul Codului civil precizează, indistinctiv, că debitorul este ținut să repare prejudiciile cauzate „din culpa sa”, iar art. 1009 instituie prezumția de culpă a debitorului din simplul fapt al neexecutării obligațiilor contractuale. Totuși, art. 1005 evocă diligența unui „bun proprietar” și diligența unui „bun profesionist”. Articolul 1650 alin. (1), cât privește diligența depozitarului remunerat, o ridică la gradul diligenței „unui bun părinte de familie”].

¹⁰¹ *Fr. Gény*, op. cit., vol. 2, t. 2, nr. 107.

¹⁰² De exemplu, după ce art. 1620 C. civ. descrie depozitul necesar, art. 1622 C. civ. trimite la toate regulile depozitului voluntar, iar art. 1623 C. civ. trimite la regulile depozitului necesar. Expresii de genul «ca și», formulate uneori în normele de trimitere, nu pot justifica – ele însele și numai ele – acreditarea ideii de ficțiune. Bunăoară, art. 517 C. civ., definind uzufructul, trimite la proprietar: „întocmai ca însuși proprietarul”. Formele de trimitere sunt extrem de variate: la un act normativ, la un articol, la o instituție etc., totdeauna însă evocându-se aplicarea aceleiași regim juridic. În exemplul dat, depozitul hotelier și depozitul necesar au o natură distinctă, dar și primul i se vor aplica aceleași reguli de probă «ca și» la depozitul necesar – *Ph. Malaurie*, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, 8^e éd., Cujas, 1994-1995, nr. 901.

două instituții n-ar fi însă admisibilă nici într-o asemenea situație, pentru că astfel s-ar ignora diferența de natură juridică existentă între ele¹⁰³: în ipoteza trimiterii, întemeiată pe analogie, este implicată existența unei identități de *ratio* între respectivele cazuri; în ipoteza ficțiunii, se ignoră orice diferență între respectivele cazuri și absența oricărei rațiuni comune. Ce e drept, legea poate asigura același rezultat, după caz, recurgând la „trimitere” sau la „ficțiune”. Dacă identificarea celor două cazuri nu privește decât aplicarea aceluiași regim juridic, suntem în prezența „împrumutului” de normă prin „trimitere” la ea; dacă identificarea privește „natura” cazurilor și ea este inexactă, suntem în prezența ficțiunii.

8. Ficțiunea juridică și simulația. Întrucât și simulația induce o viziune eronată asupra realității, ea poate fi confundată cu ficțiunea. „Crearea voluntară a unei aparențe”¹⁰⁴ sau „convenirea de către părți a unei minciuni”¹⁰⁵ rezultă fără nici un efort de interpretare din chiar cuprinsul art. 1175 C. civ., care, așa-zicând, «oficializează»¹⁰⁶ «minciuna convenită» de părțile unui act juridic: „*Actul*

¹⁰³ A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 172.

¹⁰⁴ M. Dagot, La simulation en droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, nr. 1. Crearea unei aparențe în scopul de a disimula realitatea, indiferent dacă voința în acest sens emană de la o singură persoană sau ea este rezultatul acordului părților. Simulația este sensul opus al realității sau transparenței (Cl. Ophèle, Simulation, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. IX, nr. 2). Asupra terminologiei, a se vedea îndeosebi F.L.A. Baias, Simulația. Studiu de doctrină și jurisprudență, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 49 și urm. În substanțiala sa monografie, autorul definește simulația ca fiind „operațiunea juridică unitară care creează o aparență neconformă cu realitatea prin încheierea concomitentă a două acte juridice: unul public și mincinos, ale cărui efecte sunt înlăturate sau modificate, total sau parțial, de altul secret și adevărat, care conține în sine acordul, implicit sau explicit, al părților de a simula” (nr. 137).

¹⁰⁵ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 5^e éd., Précis Dalloz, 1993, nr. 512.

¹⁰⁶ Vrem însă să spunem astfel și că se află în afara acestei discuții simulația frauduloasă – *fraus omnia corrumpit*.

secret, care modifică un act public, nu poate avea putere decât între părțile contractante și succesorii lor universal; un asemenea act nu poate avea nici un efect în contra altor persoane” [s.n.]¹⁰⁷. Există așadar două convenții: una ostensibilă, dar mincinoasă; alta sinceră, dar secretă. Acesta ar fi aspectul structural al simulației. Analiza teleologică are în vedere scopul imediat – obiectul simulației și scopul îndepărtat – mobilul sau motivele care animă părțile.

Delimitarea simulației de ficțiunea juridică implică luarea în considerare a surselor ficțiunii și, pe cale de consecință, a naturii acestora: ficțiuni legale, ficțiuni jurisprudențiale și ficțiuni convenționale¹⁰⁸.

a) Diferențele esențiale dintre simulație și *ficțiunea legală* pot fi considerate următoarele¹⁰⁹: ficțiunea juridică legală este un procedeu tehnic aflat la dispoziția legiuitorului pentru elaborarea normelor dreptului obiectiv, simulația este un mijloc pus la dispoziția subiectelor de drept, autorizat sau sancționat prin normele dreptului obiectiv; ficțiunea juridică legală este o regulă de drept, simulația este supusă ea însăși exigențelor normelor juridice, îndeosebi prin interzicerea celei frauduloase; intenția legiuitorului în ficțiunea legală nu este aceea de a înșela, simulația presupune acordul simulatoriu – act juridic – manifestarea de voință în scopul de a simula.

Distincția între cele două categorii este însă uneori dificilă, căci o ficțiune poate să conștă în afirmarea existenței unei simulații, și invers. De exemplu, în sistemul interpernerii de persoane – simulația relativă subiectivă –, prin referire la art. 812 C. civ. și la

¹⁰⁷ Articolul 1004 alin. (1) din proiectatul Cod civil, într-o formulare mai adecvată, arată că un contract secret, ce exprimă voința reală a părților, „își produce efectele între acestea, succesorii lor universal sau cu titlu universal, dacă din natura contractului ori din stipulația părților nu rezultă contrariul”.

¹⁰⁸ A se vedea: A.-M. Leroyer, Les fictions juridiques, cit. *supra*, nr. 153 și urm.; F.L.A. Baias, op. cit., nr. 490; R. Dekker, op. cit., p. 108, 116-117; M. Dagot, op. cit., p. 20.

¹⁰⁹ A se vedea: L. Lecocq, De la fiction comme procédé juridique, thèse, Paris, 1914, p. 32; A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 154; F.L.A. Baias, op. cit., nr. 490.

art. 954 alin. (2) C. civ., ficțiunea constă în afirmarea în manieră irefragabilă a existenței acestei simulații; o societate în nume colectiv este alcătuită numai din asociați unipersonali cu răspundere limitată, pentru a se evita astfel responsabilitatea în nume colectiv.

b) Esențialmente, *ficțiunea juridică jurisprudențială* se deosebește de simulație, chiar în măsura în care prima ar avea caracterul unei «norme» – individuale –, prin sursa ei: produs al instanței, îndeosebi prin aplicarea dispozițiilor art. 3 C. civ.¹¹⁰ În orice caz, și de această dată, intenția instanței nu poate fi aceea de a înșela.

c) Mai dificilă rămâne distincția între simulație și *ficțiunea juridică de natură convențională*, pentru simplul motiv că ambele au aceeași sursă: convenția părților, acordul lor de voință. Și totuși, distincția poate fi făcută: *fictio est contra veritatem pro veritate hebetur, simulatum est contra veritatem et pro infero habetur*. Ficțiunea convențională este ostensibilă, ea neavând ca scop acela de a înșela; simulația, dimpotrivă, constă în crearea voluntară a unei aparențe înșelătoare. Pe de altă parte, ficțiunea este aceea care guvernează raporturile dintre părți; în cazul simulației, realitatea este aceea care se impune părților. O notă comună între cele două instituții există, ceea ce conduce uneori la confundarea lor: inopozabilitatea față de terți a ficțiunii convenționale sau a actului secret și posibilitatea lor de a se prevala de ficțiune sau de contraînscris.

9. Ficțiunea și simbolul. Uneori, în operațiunile juridice se recurge la *fapte simbolice*, astfel de fapte fiind asimilate ficțiunilor. Două exemple. În sensul art. 1593 C. civ., contractul de depozit este un contract real, el nefiind „perfect decât când s-a făcut tradițiunea lucrului”. Dar chiar art. 1593 C. civ. instituie o «excepție», precizând că este valabil contractul de la momentul realizării acordului de voințe, „dacă lucrul ce este a se lăsa în depozit se află deja în mâna depozitarului sub orice alt titlu”. Într-o asemenea situație, «tradițiunea» este doar teoretică, adică simbolică¹¹¹. Gajul,

¹¹⁰ Pe larg, a se vedea *infra*, nr. 57.

¹¹¹ Articolul 1646 din proiectul Codului civil nu a mai reluat această ipoteză, legiuitorul considerând-o probabil superfluă.

reglementat de art. 1685-1696 C. civ.¹¹², se formează de asemenea *re*, ca și contract real el presupunând remiterea bunului gajat. Uneori însă remiterea se face simbolic, bunăoară prin predarea titlului¹¹³. Sunt acestea ipoteze de ficțiuni? Categorie, nu. Mai întâi, dacă le considerăm «excepții», ideea de ficțiune nu-și are locul, căci excepțiile nu sunt creații fictive ale legiuitorului, ci derogări legale de la reglementările de principiu. Apoi, atât în primul exemplu, cât și în cel de-al doilea, excepțiile instituite se sprijină pe o «realitate», simbolic depozitarul devine detentor al lucrului, iar creditorul este pus în posesia lucrului gajat. Simbolul este o reprezentare formală și simplificată a realității; ficțiunea este esențialmente contrară realității juridice.

10. Ficțiunea juridică și fictivitatea. «Ficțiunea juridică» trebuie demarcată și de «fictivitate»¹¹⁴. În timp ce ficțiunea rezultă dintr-o opoziție a realității juridice stabilită prin norme și aceea provenită din construcția juridică pe calea ficțiunii, fictivitatea corespunde unei false aplicări a normei. Prima interesează sistematizarea și conceptualizarea normelor, cealaltă nu privește decât punerea acestora în aplicare. Cele două noțiuni privesc deci domenii diferite, ceea ce exclude orice suprapunere. Totodată, spre deosebire de ficțiune, care, *lato sensu*, își are originea în lege, actul fictiv este produsul unei voințe individuale, urmărind să creeze o aparență înșelătoare sau să deturneze legea. Iată de ce studiul

¹¹² A se vedea însă și Legea nr. 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice („Monitorul Oficial al României”, nr. 236 din 27 mai 1999), îndeosebi prevederile art. 18 și 21 din titlul VI, cu privire la contractul de garanție reală având ca obiect bunuri viitoare și la dreptul debitorului de a administra sau de a dispune în orice mod de bunul afectat garanției.

¹¹³ Articolul 1856 din proiectul legii civile evocă constituirea gajului prin remiterea titlului.

¹¹⁴ A se vedea *L. Lecocq*, op. cit., p. 30 și urm., *apud G. Wicker*, op. cit., nr. 3.1.

fictivității aparține teoriei simulației și, într-o mai mică măsură, teoriei fraudei¹¹⁵.

11. Ficțiunile – procedeu de tehnică legislativă. Caracterizate prin suplețe și economicitate de mijloace, ficțiunile sunt, asemenea altor procedee din laboratorul legiuitorului, un «procedeu general» de tehnică legislativă (11.1.); totuși, în cadrul acestor procedee, ficțiunile se remarcă prin elemente de specificitate (11.2.).

11.1. Integrate fiind în sistemul procedeelelor generale de tehnică legislativă, ficțiunile nu numai că îmbogățesc arsenalul de care dispune legiuitorul pentru elaborarea de norme juridice și mai ales pentru ca, sub semnul unor «norme generale», să cuprindă multitudinea și diversitatea raporturilor concrete, făcând aplicabile aceste norme chiar la situații care n-au fost cuprinse în orizontul său de previzibilitate ori la situații care prezintă elemente inedite în raport cu cele avute în vedere la momentul «juridicizării» lor, dar și asigură flexibilitatea categoriilor juridice integrate în ansamblul tehnicii juridice, în raport cu exigențele maniabilității dreptului. Pe de altă parte, ficțiunile juridice sunt un remediu la insuficiențele dreptului, unele dintre aceste insuficiențe fiind de altfel inevitabile, la lipsa sa de «cadență» în raport cu ritmul faptelor reale, mult mai alert și mult mai liber, rebel totdeauna față de canoanele juridice, preelaborate și adeseori fetișizate, dar și la incoerențele dreptului, cele mai supărătoare și mai greu de înțeles sau cu totul de neînțeles, ele – ficțiunile – putând aplatiza antinomiile juridice sau putându-le marginaliza efectele «indezirabile».

a) Prin intermediul ficțiunilor juridice, categoriile juridice sunt adaptate și, astfel, se redimensionează raționalizarea și coerența dreptului¹¹⁶. Pentru a asigura scopul întrebuintării lor, în principiu,

¹¹⁵ Pe larg, pentru cele două ipoteze, a se vedea: *M. Dagot*, La simulation en droit privé, thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, nr. 8 și urm.; *J. Vidal*, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Dalloz, 1957, p. 166 și urm.; *F.I.A. Baias*, Simulația, cit. *supra*, îndeosebi nr. 316 și urm.

¹¹⁶ *Fr. Gény*, op. cit., nr. 207; *J. Dabin*, La technique de l'élaboration du droit positif, cit. *supra*, p. 168; *P. Roubier*, Théorie générale du droit.

categoriile juridice trebuie să fie limitative și rigide. Dar tocmai în aceasta constă și pericolul întrebuintării lor, căci, cum spunea *Fr. Gény*¹¹⁷, „predeterminate prin esență, imuabile în fondul lor, guvernate prin dogme inflexibile”, categoriile juridice nu sunt susceptibile de adaptare la „exigențele schimbătoare și variate ale vieții”.

Prin punerea în operă a unor ficțiuni juridice se urmărește tocmai adaptarea sau, am zice, «actualizarea» unor categorii juridice. Procedul ficțiunii permite cuprinderea unor noi ipoteze în categoriile juridice deja existente, «ca și cum» ar aparține acestora sau, prin același procedeu, se creează noi categorii juridice¹¹⁸. Bunăoară, preluând exemplificările făcute, cu precizarea însă că, cel puțin unele, sunt discutabile ca ficțiuni, așa cum vom încerca să demonstrăm, s-a considerat că, în pofida diviziunii binare a bunurilor, atât de categoric realizată prin dispozițiile art. 461 C. civ. – „toate bunurile sunt mobile sau imobile”¹¹⁹ [s.n.] –, prin luarea în considerare doar a lucrurilor corporale, noi bunuri – cele incorporeale – au fost înscrise în clasa bunurilor mobile, valorile mobiliare dematerializate fiind cuprinse în această categorie de bunuri tocmai pe calea unei ficțiuni juridice¹²⁰. Prin referire la criteriul fizic de mobilitate a bunului, unii autori au considerat că, în general, bunurile mobile prin determinarea legii sunt ficționale¹²¹.

Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, 2^e éd., Sirey, 1951, p. 16.

¹¹⁷ Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique, t. 1, 2^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1954, nr. 61.

¹¹⁸ *A.-M. Leroyer*, op. cit., nr. 199 și urm.

¹¹⁹ După ce art. 412 din proiectul Codului civil arată că „sunt bunuri lucrurile care pot forma obiectul unui drept patrimonial”, art. 413 ne spune, de asemenea, că „bunurile sunt mobile sau imobile”.

¹²⁰ *J. Carbonnier*, Droit civil, t. 3, Les biens, 15^e éd., Presses Universitaires de France, 1992, p. 105.

¹²¹ *G. Cornu*, Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens, 7^e éd., Montchrestien, 1994, nr. 44.

Caracterul limitativ al drepturilor reale persistă ca o dogmă¹²², așa încât, atunci când apare un drept real nou, el este «înghesuit», ca într-un pat procustian, într-unul din drepturile reale deja cunoscute. Bunăoară, dreptul de superficie, considerat a fi un drept real imobiliar¹²³, nereglementat însă de Codul civil român¹²⁴, s-a încercat a fi asemănat unei servituți sau indiviziunii. Natura ficțională a dreptului de superficie ar apărea și mai evidentă în cazul exercitării acestui drept înainte de edificarea unor lucrări pe terenul altuia: ar fi vorba de o proprietate «imobiliară» asupra unui volum, detașat de sol, o proprietate «dematerializată» asupra unui spațiu vid, impalpabil, precum în cazul unor construcții imobiliare complexe. Soluția în perspectivă legislativă, de natură a face să dispară această ficțiune juridică, pare a fi într-adevăr aceea a consacării dreptului de superficie ca dezmembrământ al dreptului de proprietate, alături de celelalte dezmembrăminte, dar un dezmembrământ *sui generis*.

Chiar în materia obligațiilor, dominate de libertatea de voință a părților din raportul obligațional, uneori ficțiunile juridice îndeplinesc rolul de adaptare sau de complinire a dispozițiilor legale. Bunăoară, înainte de a fi repudiată, cu argumente substanțiale și irepresibile, sub influența lui Pothier s-a considerat că la fundamentul gestiunii de afaceri s-ar afla un «mandat fictiv»¹²⁵. Îmbogă-

¹²² Fr. Terré, Ph. Simler, Droit civil. Les biens, 4^e éd., Dalloz, 1992, nr. 875.

¹²³ Pe larg, a se vedea *infra*, nr. 57.12.

¹²⁴ În unele opinii, s-a susținut totuși că dreptul de superficie rezultă expres din lege, fie prin interpretarea *a contrario* a dispozițiilor art. 492 C. civ., cu privire la accesiune, fie prin interpretarea extensivă a dispozițiilor art. 30 C. fam. Oricum, chiar admitând această opinie, numai prima ipoteză ar putea conduce la ideea unei reguli generale în materie de superficie, cea de-a doua vizând o situație specială (art. 548 și urm. din legea civilă inițiată reglementează acum dreptul de superficie).

¹²⁵ Articolul 1370 din Codul civil francez a înlăturat ideea ficțională de quasi-contract, arătând că unele angajamente se formează fără nici o convenție, nici din partea celui care se obligă, nici din partea celui față de care se obligă. În doctrina noastră, unanim s-a criticat conceptul de

țirea fără justă cauză – care, ca principiu, ar putea fi așezată și la fundamentul gestiunii de afaceri ori a plății nedatorate – căreia îi corespunde *actio de in rem verso*, este o creație a doctrinei și jurisprudenței¹²⁶. Pe calea unor ficțiuni juridice doctrinare, dar și convenționale, unele contracte nenumite au fost integrate în una dintre categoriile celor numite¹²⁷ sau în categoria generică de «contract» au fost integrate alte categorii specifice decât cele prevăzute în Codul civil¹²⁸. În legătură cu dispozițiile art. 461 și urm. C. civ. privind bunurile imobile și mobile, sunt sugestive sub aspectul discutat – cel al adaptării unor categorii juridice predeterminate legal, pe calea unor ficțiuni juridice – dispozițiile art. 474 alin. (1) și (2) C. civ., în sensul cărora sunt *mobile* „acțiunile sau interesele în companii de finanțe, de comerț sau de industrie, *chiar și când capitalul acestor companii constă în imobile*”, dar „aceste acțiuni sau interese *se socot ca mobile numai în privința fiecărui din asociați și pe cât timp ține asociația*” [s.n.].

Tot prin intermediul unor ficțiuni, uneori un drept personal a fost considerat drept real, pentru a fi astfel supus regulilor de publicitate aplicabile drepturilor reale și pentru a-l face astfel

quasi-contract, la care se referă art. 986 și urm. C. civ. – pentru gestiunea de afaceri și plata nedatorată – precizându-se că, de fapt, quasi-contractul este un fapt unilateral, care se produce în afară de orice acord de voințe, având la bază principiul general al îmbogățirii fără cauză (C. Hamangiu, I. Rossetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit., vol. II, nr. 1121).

¹²⁶ A se vedea *infra*, nr. 57.5.

¹²⁷ A se vedea ipotezele aduse în atenție în legătură cu contractul de asistență și reprezentare judiciară (I. Deleanu, Tratat de procedură civilă, vol. I, ed. a IV-a, Ed. Servo-Sat, Arad, 2004, nr. 287).

¹²⁸ Într-o opinie (A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 209), discutabilă însă (*infra*, nr. 59), în condițiile unor categorii juridice «închise» sau relativ rigide – precum „toate bunurile sunt mobile sau imobile”, cum precizează art. 461 C. civ. – pe calea unor ficțiuni juridice a fost adaptată această diviziune a bunurilor, corespunzător nevoilor practice: imobile prin destinație sau mobile prin anticipare, ignorându-se criteriul fizic al fixității.

«opozabil» terților (bunăoară, dreptul rezultând dintr-un pact de preferință¹²⁹).

b) Pe calea unor ficțiuni juridice, uneori, sunt rezolvate *antinomiile juridice*, situațiile în care două norme fiind incompatibile, interpretul nu se poate conforma simultan amândurora¹³⁰. De

¹²⁹ *Ibidem*, nr. 211. În contextul reglementării noastre, notarea dreptului beneficiarului în cartea funciară se poate face fără a fi necesară implicarea unei ficțiuni: însușirea ipotezelor de notare la art. 84 din Regulamentul de organizare și funcționare a birourilor de carte funciară, este enunțiativă; între aceste ipoteze se află și promisiunea de a încheia un contract, cu care, sub unele aspecte, se aseamănă pactul de preferință. Notarea s-ar putea deci face pentru «informarea» terților. Mai complexă rămâne problema de a ști dacă dreptul beneficiarului rezultat dintr-un pact de preferință este un drept personal. Pactul de preferință este o convenție prin care promitentul se angajează, pentru ipoteza când s-ar decide să încheie un contract determinat, să acorde prioritate propunerii către beneficiarul pactului (pe larg, a se vedea: J.-P. Désidéri, *La préférence dans les relations contractuelles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988. Faptul că, de regulă, pactul de preferință este analizat ca și contract preparatoriu al vânzării nu trebuie să inducă în eroare, el putând interveni și în legătură cu alte contracte, de exemplu de concesiune, de împrumut, de închiriere). În general, el este accesoriu la un contract principal. Asocierea pactului de preferință promisiunii unilaterale de vânzare este inevitabilă, ambele putând fi înscrise sub genericul «antecontracte» și ambele neangajând decât promitentul, conferind beneficiarului un drept potestativ de opțiune, în principiu cesibil și transmisibil. Deosebirea nu trebuie însă ignorată, dar nu este locul să insistăm asupra lor; este suficient să spunem doar că pactul de preferință se prezintă adeseori ca antecontract la o promisiune unilaterală de vânzare. Pactul de preferință dă naștere unui drept potestativ de opțiune eventuală în profitul beneficiarului, acest drept având o natură duală: drept potestativ de opțiune și drept personal accesoriu, constând în creanța de a nu face (*St. Valory*, *La potestativité dans les relations contractuelles*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1999, nr. 245).

¹³⁰ A se vedea și *infra*, nr. 56. 2. Pe larg, a se vedea: Ch. Perelman, *Les antinomies en droit*; L. Silance, *Quelques exemples d'antinomies et essai de classement*; P. Foriers, *Les antinomies en droit*, în vol. *Les antinomies en droit*, Études publiées par Ch. Perelman, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 392 și urm., p. 63, respectiv p. 20 și urm.

exemplu, în materia regimului juridic al *coproprietății obișnuite sau temporare*, în lipsa unor reglementări exprese și generale, împrumutându-se sau adaptându-se reguli din domeniul succesiunii sau asimilându-se coproprietatea cu indiviziunea, doctrina și jurisprudența au oferit soluții originale în legătură cu drepturile coproprietarilor, între care, exemplificativ doar, evocăm: coposesia; imposibilitatea dobândirii dreptului de proprietate pe calea prescripției achizitive numai de către unul dintre coproprietari, dar posibilitatea intervertirii coposesiei în posesie exclusivă; modul de exercitare a atributului de folosință din cuprinsul dreptului de proprietate comună pe cote-părți și dreptul la fructe al coproprietarilor care nu au avut folosința materială a lucrului; recunoașterea, în anumite condiții, a valabilității actului de înstrăinare încheiat de un coproprietar fără consimțământul celorlalți coproprietari; nuanțarea regulii unanimității în ce privește actele de dispoziție materială asupra bunului, a actelor de administrare sau chiar a unor acte de dispoziție juridică etc.¹³¹

Tot pe calea unor ficțiuni, ca procedeu de tehnică legislativă, s-a rezolvat și se rezolvă *conflictul intertemporal de legi*, admitându-se uneori retroactivitatea legii noi. De exemplu, chiar înainte de a se revizui actualul art. 15 alin. (2) din Constituție – „legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile” –, și în pofida unor decizii ale Curții Constituționale¹³², prin art. 12 alin. (2) din O.G. nr. 2/2001, aprobată prin Legea nr. 180/2002, în raport cu gravitatea sancțiunii contravenționale, s-a prevăzut nu doar ultraactivitatea, ci și retroactivitatea dispozițiilor normative.

11.2. Ficțiunea este un procedeu *specific* de tehnică legislativă: ea este un procedeu de elaborare a normelor prin economie de mijloace; ea este un procedeu de codificare¹³³.

¹³¹ A se vedea și *infra*, nr. 57.1.

¹³² Decizia nr. 90/1999, publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 489 din 11 octombrie 1999; Decizia nr. 157/1999, publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 585 din 30 noiembrie 1999.

¹³³ A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 227 și urm.

Ca procedeu de elaborare a normelor juridice, pe calea ficțiunilor juridice se evită multiplicarea regulilor de drept¹³⁴, mai ales în perioade de „inflație legislativă”¹³⁵. De exemplu, o astfel de ficțiune s-a considerat a fi retroactivitatea partajului¹³⁶.

Unele ficțiuni legale sunt adeseori modele susceptibile de receptare în diverse dispoziții legale, conducând la ceea ce s-a numit „canoane legislative” și, pe această cale, la un început de codificare¹³⁷.

12. Ficțiunile – procedeu de tehnică judiciară. Întrucât, potrivit art. 3 C. civ., „judecătorul care va refuza de a judeca, sub cuvânt că legea nu prevede, sau că este întunecată sau neîndesulătoare, va putea fi urmărit ca culpabil de denegare de dreptate”, respectând dispozițiile art. 4 C. civ. – care interzic judecătorului să se pronunțe pe cale de dispoziții generale și reglementare¹³⁸ – instanțele au fost obligate să-și «procure» norma aplicabilă litigiului ales, recurând în acest scop și la *ficțiuni jurisprudențiale*¹³⁹,

¹³⁴ R. Dekkers, op. cit., p. 102.

¹³⁵ A se vedea J. Carbonnier, L'inflation des lois, în „Répertoire du notariat Defrénois”, 1979, p. 271 și urm.

¹³⁶ A se vedea *infra*, nr. 57. Pentru evocarea doctrinei clasice în acest sens, a se vedea Ph. Malaurie, L. Aynès, Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités, 4^e éd., Éditions Cujas, 1988, nr. 980.

¹³⁷ Între asemenea ficțiuni, discutabile însă, au fost înscrise «clauzele considerate nescrise», retroactivitatea partajului etc. Dar, ni se pare că pot fi reținute ca asemenea ficțiuni majoritatea adagiilor transformate în reguli generale de drept pe cale pretoriană (a se vedea *infra*, nr. 56).

¹³⁸ Articolul 8 alin. (2) din proiectul Codului civil interzice de asemenea judecătorului „să stabilească dispoziții general obligatorii prin hotărârile pe care le pronunță în cauzele ce îi sunt supuse judecării.” Pe larg asupra temei, a se vedea I. Deleanu, Construcția judiciară a normei juridice, în „Dreptul”, 2004, nr. 8, p. 12 și urm.

¹³⁹ Uneori, logicienii vorbesc în acest sens despre „lacune tehnice” (P. Forières, Les lacunes du droit, în vol. „Le problème des lacunes en droit”, Études publiées par Ch. Perelman et P. Forières, Travaux du Centre national de recherches de logiques, Bruylant, Bruxelles, 1968, îndeosebi p. 9, 23. „Lacuna tehnică: absența pur și simplu a reglementării”. Același

precum: obligarea părinților la întreținerea copiilor deveniți majori, dacă se află în continuarea studiilor; recunoașterea acțiunii în tăgadă de paternitate în favoarea mamei și a copilului; consacarea acțiunii *de in rem verso* etc.¹⁴⁰ Pe calea ficțiunii jurisprudențiale se consideră că un element cerut de legea în vigoare «există», deși, în realitate, el «nu există»¹⁴¹.

Totuși, în sistemele juridice considerate «ferme» sau «închise», cum este cel al dreptului penal, în principiu, judecătorului nu-i este permis să completeze lacunele legii, recurând la interpretarea prin analogie sau, *a fortiori*, recurând la ficțiuni juridice¹⁴². Uneori însă, prin excepție, s-a procedat și astfel. De exemplu, pentru a face admisibilă eroarea de drept, ea a fost asimilată erorii de fapt. Un alt exemplu: în sistemele penale care incriminează nelimitat tentativa, pentru sancționarea formelor atipice instanța hotărăște

autor vorbea și de „lacune practice”, atunci când instanța se află în prezența unei reguli inadaptate). Ideea lui Kesen că lacunele juridice sunt ele însele ficțiuni a fost demult abandonată (a se vedea *Fr. Gény*, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, cit. *supra*, p. 193 și urm).

¹⁴⁰ Pe larg, a se vedea *infra*, nr. 57.5.

¹⁴¹ Pentru alte exemple din jurisprudența franceză, a se vedea A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 238.

¹⁴² Articolul 8 alin. (1) din proiectata legiuire civilă consacră explicit analogia legii și analogia dreptului: „În cazurile neprevăzute de lege se aplică dispozițiile privitoare la situații juridice asemănătoare, iar în lipsa acestora, principiile generale ale dreptului civil”. Pe larg, cu privire la analogie în dreptul penal, a se vedea *Fl. Streteanu*, Drept penal. Partea generală, Ed. „Rosetti”, București, 2003, p. 56 și urm. Doctrina majoritară și jurisprudența Curții Europene admit analogia în favoarea inculpatului, *in bonam partem*, dar o exclud în defavoarea lui, *in malam partem*, prin interpretarea art. 7 din Convenția Europeană. În acest sens, a se vedea, de asemenea, R. Legros, Consideration sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal, în vol. „Le problème des lacunes en droit”, cit. *supra*, p. 363. S-ar face astfel aplicarea maximei canonice: *odia restringi et favores convenit ampliari* – o lege favorabilă trebuie interpretată larg, o lege odioasă trebuie interpretată restrictiv. În acest sens se vorbește de „caracterul asimetric” al legii penale.

dacă le sancționează sau nu. În fine, încă un exemplu: în jurisprudența franceză, invocându-se ficțiunea unei legături de cauzalitate, s-a procedat la sancționarea tentativei la complicitate¹⁴³.

În situațiile arătate, instanțele au recurs la ficțiuni pentru a complini lacunele legislative¹⁴⁴.

Alteori, instanțele au recurs la ficțiuni substituind o regulă de drept, considerată mai potrivită situației alegate, unei alte reguli, care ar fi fost în mod obișnuit aplicabilă acelei situații, dar soluția la care s-ar fi ajuns prin aplicarea acesteia ar fi fost inică sau nerezonabilă¹⁴⁵. Cu alte cuvinte, judecătorul, în cazul supus judecății, are de ales: fie să adopte o hotărâre exact motivată, dar inoportună, fie să-și motiveze hotărârea recurgând la o ficțiune, dar astfel să ajungă la o soluție mai echitabilă. Opțiunea rămâne desigur discutabilă, pentru că, în principiu, judecătorul nu se pronunță în oportunitate, ci în legalitate. Și totuși, adeseori s-a procedat astfel, fie *praeter legem*, fie chiar *contra legem*.¹⁴⁶ Bunăoară, în pofida a ceea ce unanim se consideră¹⁴⁷, prin substituie *contra legem*, uneori, instanțele au admis că și corpul uman este un

¹⁴³ A se vedea *M. Puech*, Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle, t. 1, Légalité de la répression, Cujas, 1976, nr. 90.

¹⁴⁴ Mai pe larg, a se vedea *infra*, nr. 57 și urm.

¹⁴⁵ *Ch. Perelman*, Essais de synthèse, în vol. „Les présomption et les fictions en droit”, cit. *supra*, îndeosebi p. 348.

¹⁴⁶ Pentru exemple din jurisprudența franceză, a se vedea *A.-M. Leroyer*, op. cit., nr. 247 și urm.

¹⁴⁷ „Corpul uman nu este un lucru; el este persoana însăși” (*G. Cornu*, Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens, 7^e éd., Montchrestien, 1994, nr. 479). A se vedea însă și Legea nr. 2/1998 privind prelevarea și transplantul de țesuturi și organe umane („Monitorul Oficial al României”, nr. 8 din 13 ianuarie 1998. Articolul 17 din această lege a fost modificat prin Legea nr. 39/2003. Unele modificări și abrogări – art. 3, 9 și 19 din lege – au fost făcute prin O.G. nr. 79/2004). În condițiile legii, țesuturile și organele umane pot fi donate, iar uneori pot fi prelevate chiar fără consimțământul persoanei în cauză, dar niciodată pentru obținerea de foloase, ci numai în scop umanitar. Ele sunt deci «lucruri», dar nu bunuri în circuitul civil.

«lucru», pentru a face aplicabile dispozițiile art. 1384 alin. (1) din Codul civil francez – cărora le corespund prevederile art. 1000 alin. (1) din Codul nostru civil, cu privire la răspunderea pentru prejudiciul cauzat „de lucrurile ce sunt sub paza noastră” –, înlăturând aplicarea art. 1382 din Codul civil francez – căruia îi corespunde art. 998 din legea noastră civilă, cu privire la răspunderea pentru fapta proprie –, atunci când corpul uman a fost el însuși, direct, cauza prejudiciului¹⁴⁸. Un alt exemplu este poate mai edificator: în pofida faptului că, potrivit art. 1152 alin. (1) din Codul civil francez, instanța este îndreptățită doar să modereze sancțiunea ce derivă dintr-o clauză penală, uneori, *contra legem*, recurgând deci la o ficțiune, instanțele au absolvit în întregime partea contractantă de obligația prevăzută prin clauză¹⁴⁹, considerând că nu există un prejudiciu susceptibil de reparare¹⁵⁰. În fine, încă un exemplu: în materie delictuală, operând cu ficțiunea acceptării riscurilor, jurisprudența franceză a înlăturat aplicarea dispozițiilor art. 1384,

¹⁴⁸ În doctrina noastră, evocând doctrina franceză, s-a spus că răspunderea prevăzută de art. 1000 alin. (1) C. civ. nu intervine atunci când prejudiciul este cauzat de însuși corpul uman. „Din respectul datorat omului, corpul său nu poate fi asimilat unui lucru; răspunderea într-o astfel de ipoteză constituie domeniul rezervat aplicării art. 998-999 C. civ.” (*L. Pop*, Teoria generală a obligațiilor, Ed. „Lumina Lex”, București, 1998, p. 287. În același sens, a se vedea *B. Starck*, Droit civil. Obligations, 1, Responsabilité délictuelle, 3^e éd., H. Roland, L. Boyer, Litec, Paris, 1988, nr. 394). Autorii francezi citați mai făceau însă o precizare: cu excepția cazului când corpul uman a împrumutat efectul nociv de la faptul săvârșit de un lucru, cu care el formează un ansamblu. Or, tocmai în asemenea situații jurisprudența franceză, recurgând la o ficțiune, a făcut aplicarea art. 1384 alin. (1) din Codul civil francez, considerând că, în situațiile rezolvate, corpul uman nu și-a conservat autonomia proprie, împrumutând energia cinetică a lucrului (*ibidem*, 4^e éd., 1991, nr. 486).

¹⁴⁹ Pentru o pledoarie în favoarea mutabilității judiciare a clauzei penale, a se vedea *I. Deleanu, S. Deleanu*, Considerații cu privire la clauza penală, în „Culegere de studii”, „Pandectele Române”, Ed. „Rosetti”, București, 2003, p. 113 și urm.

¹⁵⁰ Pentru jurisprudență, a se vedea *A.-M. Leroyer*, op. cit., nr. 252, p. 290.

alin. (1) C. civ., în cazul vătămării integrității corporale a celui care se afla benevol într-un mijloc de transport sau care s-a implicat voluntar într-un joc sportiv, solicitând, pe temeiul art. 1382 C. civ., proba unei culpe din partea victimei, acceptarea riscului având efecte comparabile cu cele ale clauzelor exoneratoare de răspundere din domeniul responsabilității contractuale¹⁵¹.

13. Ficțiunile – instrument de politică juridică. Adeseori, ficțiunile juridice sunt întrebuințate ca instrumente pentru o politică juridică pragmatică: fie pentru o politică de favoare, întemeiată pe echitate; fie pentru accentuarea rigurozității unor reglementări¹⁵².

13.1. Sub primul aspect sunt semnificative funcțiile *corective* și *supletive ale echității*¹⁵³. În pofida considerării echității ca un concept „misterios”, „vag”, „fluid”, „suplu”, „maleabil”, imposibil de definit și în pofida cultului infailibilității legii, instanțele, adeseori, au pus în operă valorile echității și exigențele acesteia, mai ales că legea însăși le-a oferit un sprijin în acest sens: „Convențiile trebuie executate cu *bună-credință*. Ele obligă nu numai la ceea ce este expres într-însele, dar la toate urmările ce echitatea, obiceiul sau legea dă obligației, după natura sa” [s.n.] (art. 970 C. civ.)¹⁵⁴.

¹⁵¹ A se vedea: Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil. Les obligations, 2^e éd., Éditions Cujas, 1990, nr. 130, 131, unde se distinge însă între „riscuri normale” și „riscuri anormale”; Ph. le Tourneau, La responsabilité civile, 3^e éd., Dalloz, 1982, nr. 794-1 și urm. Doctrina noastră a fost și este divizată în această problemă: unii autori consideră că urmează a se face aplicarea art. 998-999 C. civ.; alții consideră că și în cazul unui transport gratuit și benevol trebuie să se facă aplicarea art. 1000 alin. (1) C. civ. Pentru repere doctrinare, a se vedea I. Dogaru, P. Drăghici, Teoria generală a obligațiilor, Ed. Științifică, București, 1999, nr. 781.

¹⁵² A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 256 și urm.

¹⁵³ Pe larg, a se vedea Chr. Albiges, De l'équité en droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, îndeosebi nr. 253 și urm., nr. 402 și urm.

¹⁵⁴ Articolul 986 din proiectul Codului civil prevede: „(1) Contractul valabil încheiat obligă nu numai la ceea ce este expres stipulat, dar și la toate urmările ce echitatea, obiceiul sau legea dă obligației, după natura sa. (2) Clauzele obișnuite într-un contract se subînțeleg, deși nu sunt expres stipulate”.

Se realizează astfel, uneori, o «justiție naturală», echitatea valorizându-se similar unei surse a dreptului. În materie arbitrală, legea chiar a instituit o varietate de justiție arbitrală guvernată de exigențele echității: „Pe baza acordului expres al părților, tribunalul arbitral poate soluționa litigiului în echitate” – art. 360 alin. (2) C. proc. civ.

Aplicațiile practice ale celor două funcții sunt numeroase, așa încât doar exemplificăm: consacrarea pe cale pretoriană a unor adagii sau instituții juridice, având la fundamentul lor echitatea (de exemplu, *contra non valentem agere non currit praescriptio*, îmbogățirea fără justă cauză și *actio de in rem verso*); valorizarea explicită sau implicită a bunei-credințe ca temei al unor soluții legale¹⁵⁵ [de exemplu, intervertirea precarității, în condițiile art. 1858 pct. 1 C. civ., uzucapiunea de la 10 până la 20 de ani, cum prevede art. 1895 C. civ., dobândirea prin posesie de bună-credință a bunurilor mobile, astfel cum prevede art. 1909 alin. (1) C. civ. sau preferința în dobândirea proprietății a celui care este posesor de bună-credință, cum prevede art. 972 C. civ.] Mai presus însă de toate remarcăm valoarea constituțională a bunei-credințe în exercitarea drepturilor și a libertăților (art. 57 din Constituție) și determinarea de principiu a rigorilor unui proces prin constituirea ca și criteriu tutelar a sintagmei «proces echitabil». Alte două principii constituționale sunt de asemenea inspirate, direct sau indirect, de exigențele echității: „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale *mai favorabile* [s.n.] – art. 15 alin. (2) din Constituție; în materia tratatelor internaționale privind drepturile omului, dacă există neconcordanțe între acestea și legile interne, au prioritate în aplicare reglementările internaționale, „cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții *mai favorabile*” [s.n.] – art. 20 alin. (2) din Constituție. Dar chiar dispozițiile art. 3 C. civ., cu privire la denegarea de dreptate, pot fi considerate ca reguli ce exprimă, în cele din urmă, și exigențele echității.

¹⁵⁵ A se vedea I. Dogaru (coord.), Drept civil. Idei producătoare de efecte juridice, Ed. ALL Beck, București, 2002, nr. 1 și urm.

13.2. Uneori echitatea este evocată pentru a introduce noi valori în domeniul securității juridice, pentru aplicarea dispozițiilor legale cu mai multă rigoare. Astfel, ficțiunile permit asigurarea efectivității aplicării legii. Mai exact, fraudarea legii este prevenită sau sancționată, uneori, prin recurs la unele ficțiuni. De exemplu, postularea adagiului *nemo censetur ignorare legem*¹⁵⁶ are ca scop și rezultat, între altele, asigurarea securității juridice.

14. Criteriul de referință al ficțiunii – realitatea. Încercând o primă și sumară determinare, de altfel evocată deja în repetate rânduri, ficțiunea poate fi definită ca abatere de la *realitate*, ca alterare sau ignorare a unora dintre elementele acesteia. Dar care «realitate»? Cea «materială» sau «naturală» ori cea «juridică»? Două concepții, diferite, au făcut și fac obiectul unor multiple controverse, concepții atașate, după caz, iusnaturalismului sau pozitivismului.

14.1. Până la începutul secolului XX n-a existat vreo dilemă: criteriul de referință a fost «*realitatea materială*»¹⁵⁷. H. Vaihinger considera că criteriul de referință al ficțiunii este realitatea materială¹⁵⁸, ajungându-se, prin extrapolare, ca unii doctrinari să admită că, astfel, întregul drept nu este decât o ficțiune¹⁵⁹. Este evident exagerat să se spună, ignorând specificitatea limbajului juridic, că orice termen al dreptului care nu se suprapune exact realității «naturale» reprezintă o ficțiune (precum termenii „fructe”, „apel”, „recurs”, „hotărâre”, „an civil”, „ipotecă etc.”). Un exemplu credem că poate fi edificator: art. 461 C. civ. spune că toate bunurile sunt mobile sau imobile, iar din prevederile art. 463 și ale art. 473 C. civ. rezultă distincția între bunuri „nemișcătoare” și bunuri „mișcătoare”, ceea ce corespunde realității materiale; ficțiunea juridică privește imobilizarea prin destinație a unor bunuri, ignorându-se criteriul fixității naturale pe care, pentru început, însăși legea civilă și l-a înșușit.

¹⁵⁶ A se vedea și *infra*, nr. 30-32. Pe larg, a se vedea, de asemenea, I. Deleanu, Cunoașterea legii și eroarea de drept, în „Dreptul”, 2004, nr. 7, p. 38 și urm.

¹⁵⁷ Pentru repere doctrinare, a se vedea A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 24.

¹⁵⁸ H. Vaihinger, op. cit., p. 73.

¹⁵⁹ De exemplu, P.J.J. Olivier, op. cit., p. 47.

14.2. Realitatea juridică este așadar criteriul de referință al ficțiunii, iar consecințele acestei opțiuni sunt adeseori notabile (de exemplu, în raport cu realitatea materială, persoana juridică poate fi considerată ficțiune¹⁶⁰, dar, în raport cu realitatea juridică, ea nu justifică o asemenea calificare¹⁶¹. «Supraviețuirea» persoanei juridice – în condițiile prevăzute de art. 51 din Decretul nr. 31/1954 – în vederea lichidării este o ficțiune, prin abatere de la regula că „persoana juridică încetează de a avea ființă” prin dizolvare). Alegerea criteriului realității juridice prezintă și avantajul de a preveni alunecarea în exces, văzând ficțiuni și numai ficțiuni în toate definițiile nominale.

Totuși, uneori, alegerea unuia dintre cele două criterii nu are nici o consecință sub aspectul existenței unei ficțiuni juridice: anume atunci când realitatea juridică nu este decât un decalc al celei materiale.

Punerea în operă a criteriului realității juridice nu este însă, totdeauna, atât de lesnicioasă precum pare. Este lesnicioasă, bineînțeles, atunci când abaterea este flagrantă (de exemplu, art. 664 C. civ. spune el însuși că „reprezentarea este o ficțiune a legii”, care are de efect de a pune pe reprezentanți în locul, în gradul și în dreptul reprezentatului¹⁶²). Alteori regula este neutră, ficțiunea

¹⁶⁰ Teoria ficțiunii, acum abandonată, avea ca axiomă o idee simplă: ființa umană constituie, prin natura sa, singurul și veritabilul subiect de drept. Asimilarea unui grup cu individul este contrară ordinii naturale a lucrurilor, o creație arbitrară și artificială – o ficțiune juridică. A se vedea și *infra*, nr. 66, 67.

¹⁶¹ Pe larg, a se vedea: G. Wicker, op. cit., nr. 203 și urm.; *Idem*, *Personne morale*, în „Répertoire de droit civil”, t. VIII, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 1-105.

¹⁶² Rămâne discutabilă considerarea acestei reprezentări «de persoane» – nu de voință, precum în actele juridice – ca fiind o ficțiune. În legătură cu art. 739 din Codul civil francez, a se vedea Ph. Malaurie, L. Aynès, *Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités*, Édition Cujas, 4^e éd., 1998, nr. 86. Față de regula obișnuită de succesibilitate prin proximitatea gradelor, poate fi o ficțiune de substituie în grad (a se vedea și *infra*, nr. 68).

urmând a fi subînțeleasă (de exemplu, adopția este o ficțiune, care ignoră, în legătura juridică de filiație, un element esențial al acesteia – legătura de sânge¹⁶³). O amplă discuție a fost și este încă întreținută în jurul posibilei ficțiuni privind răspunderea penală a persoanei juridice¹⁶⁴.

Punerea în operă a criteriului realității juridice se poate însă dovedi anevoioasă și din cauza dificultăților pe care le implică un asemenea demers: dinamica realității juridice (de exemplu, evoluția în timp a ideii de culpă obiectivă, apreciată *in abstracto*); specificitatea instituțiilor sau categoriilor juridice în diversele ramuri ale dreptului sau chiar în cadrul subramurilor acestuia (de exemplu, «reprezentarea» în dreptul civil, în dreptul succesoral, în dreptul familiei, în dreptul societar, în dreptul constituțional).

15. Legitimitatea ficțiunilor. Sunt sau nu admisibile și utile ficțiunile în drept? Doctrina clasică și o parte a doctrinei actuale s-au polarizat¹⁶⁵.

15.1. În sensul unei prime evaluări, ficțiunile în drept fiind «adevărate ficțiuni», ele nu sunt nici admisibile, nici necesare.

Din perspectivă istorică, ficțiunile se caracterizează printr-o deliberată cunoaștere a falsității lor. Astfel au fost concepute ficțiunile în republica romană și apoi de către glosatori, formulând criteriile pentru a distinge *assumptio, contra veritatem, pro veritate et in re certa*. Or, legiuitorul modern nu are nevoie să creeze ficțiuni,

¹⁶³ G. Cornu, *Droit civil. La famille*, 4^e éd., Monchrestien, 1994, nr. 286, precum și *infra*, nr. 45.

¹⁶⁴ A se vedea, bunăoară, J. Pradel, *Droit penal comparé*, Dalloz, Paris, 2002, nr. 239 și urm. A se vedea, de asemenea, substanțiala lucrare semnată de Fl. Streteanu, R. Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Ed. „Rosetti”, București, 2002, *passim*. Poate că nu este vorba de o ficțiune cât privește vinovăția organului persoanei juridice, ci de o ficțiune constând în considerarea voinței organului persoanei juridice ca voință a însăși persoanei juridice.

¹⁶⁵ Pentru o sinteză, a se vedea *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, cit. *supra*, p. 159.

el ordonă, exprimându-și voința¹⁶⁶. Legea are un caracter practic și pozitiv, incompatibil cu ficțiunile. Admitându-se ficțiunile nu numai că astfel s-ar denatura realitatea, dar legea însăși ar deveni ilogică, arbitrară chiar. Ele nu au și nu pot avea o «valoare legală»: „legea nu are nevoie de disimulări pentru a comanda”; dacă disimulează, aceasta este un „rău semn”; obișnuit, ficțiunile sunt întrebuițate de legiuitor pentru a „masca o injustiție”; legea numită interpretativă, în general semnifică o „violare a unui drept dobândit”; prin intermediul ficțiunilor, „dreptul înconvoaie faptele sub regulile lui, în loc de a adapta regulile la fapte” etc. etc.¹⁶⁷ Pe scurt, ficțiunile fiind cândva un simplu expedient, util însă la epoca încercărilor de a impune echitatea contra formalismului, nu și-ar mai avea acum rostul decât, cel mult, în doctrină, pentru a menține armonia construcțiilor juridice, pentru a explica și a facilita comprehensiunea noilor instituții juridice.

15.2. În sensul unei a doua evaluări, covârșitor majoritare, ficțiunile nu doar că sunt admisibile în drept, dar ele sunt și necesare. Ele nu sunt un „mijloc excepțional” și „anormal” de elaborare a dreptului, ci fac parte din operațiunile obișnuite ale spiritului nostru¹⁶⁸. Dacă sunt în contradicție cu ceva, ficțiunile sunt în contradicție cu tehnica legislativă, cu «instrumentarul» ei obișnuit, nu însă cu realitatea; ele tind să revele realitatea unei situații, „neutralizând un artificiu legislativ care o disimulează”. Așa privite, ficțiunile nu exprimă un lucru contrar „legilor fizice, nici chiar celor sociale și morale”, ele sunt în contradicție „numai cu regulile obișnuite ale tehnicii legislative”¹⁶⁹. Ficțiunile sprijină și stimulează evadarea din canoane, din carapacea mistificatoare a regulilor de

¹⁶⁶ A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaires de droit civil français*, 3 vol., Paris, 1927-1929, t. II, p. 92; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, cit. *supra*, p. 359.

¹⁶⁷ Al.C. Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile*, E. de Boccard, Éditeur, Paris, 1930.

¹⁶⁸ Fr. Gény, op. cit., t. III, p. 361-365.

¹⁶⁹ Pentru repere doctrinare, a se vedea Al.C. Angelesco, op. cit., nr. 300-302.

drept, din sfera dogmatismului juridic, acesta semnificând adeseori lene sau neputință intelectuală ori pur și simplu comoditate prin consternare oarbă în fața unei norme transformată în fetiș.

Aparent paradoxal, uneori, ficțiunile chiar împiedică fraudarea legii. Un exemplu ni se pare suficient: reunirea «fictivă»¹⁷⁰ a valorii donațiilor făcute de cel care lasă moștenirea, pentru a se vedea dacă liberalitățile *inter vivos* și *mortis causa* se încadrează sau nu în limitele cotității disponibile – art. 849 C. civ. Nu sunt supuse reunirii fictive gratuitățile făcute în îndeplinirea unor îndatoriri sociale și care nu reprezintă liberalități ori nu sunt supuse regimului liberalităților, fiind exceptate de lege și de raportul donațiilor – art. 759 C. civ. Chiar însă în aceste condiții, dovada deghizării fiind anevoioasă, art. 845 C. civ. prevede în favoarea moștenitorilor rezervatari o prezumție relativă¹⁷¹, potrivit căreia înstrăinarea cu titlu oneros făcută unui succesibil în linie dreaptă reprezintă o donație, dacă înstrăinarea s-a făcut cu rezerva uzufructului sau cu sarcina unei rente viagere, iar deghizarea nu este invocată de un moștenitor în linie dreaptă care să fi consimțit la încheierea actului. Prezumarea fictivității sarcinilor, dacă actul de înstrăinare a fost calificat de către părți ca fiind cu titlu gratuit, evocă funcția ficțiunii și legitimitatea ei, făcând să prevaleze realitatea unei situații în raport cu un artificiu care o disimulează.

¹⁷⁰ *Fr. Deak*, Tratat de drept succesoral, Ed. „Actami”, București, 1999, nr. 220; *D. Chirică*, Drept civil. Succesiuni și testamente, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 420, 425-428. Articolul 831 din proiectul Codului civil stabilește, de asemenea, cele trei operațiuni pentru stabilirea rezervei succesoriale și a cotității disponibile, cea de-a treia fiind tocmai „reunirea fictivă, doar pentru calcul, la activul net, a valorii donațiilor făcute de cel care lasă moștenirea, valoare socotită la data deschiderii succesiunii, ținându-se însă cont de starea bunului în momentul efectuării donației”.

¹⁷¹ *Ibidem*, nr. 220.3., respectiv nr. 430-431. De asemenea Trib. Suprem, col. civ., decizia nr. 1833/1960, în „Culegere de decizii”, 1960, p. 242-244. A se vedea, de asemenea, dispozițiile în același sens ale art. 831 alin. (3) din proiectul Codului civil.

Ficțiunile ajută la transformarea unei situații aparente în situație reală, ele conferă o formă logică regulilor impuse de imperativele vieții, contribuind la încadrarea lor într-o categorie juridică determinată. Un exemplu: art. 786 C. civ. consacră efectul declarativ de drepturi al partajului¹⁷², fiecare dintre foștii copărtași fiind considerat proprietar exclusiv al bunului ce i-a revenit în urma partajării, retroactiv, de la momentul când s-a născut coproprietatea, numai astfel putându-se explica unele consecințe aparent inexplicabile¹⁷³: eficacitatea sau nu a unor acte de înstrăinare sau de grevare cu privire la unele bunuri, faptul că împărțeala nu constituie just titlu pentru invocarea uzucapiunii, condiția de terț a unui copărtaş în raport cu actele încheiate de alți copărtași etc.

Mai ales în condițiile unor transformări sociale și a unor evoluții, de altfel inerente, a raporturilor sociale susceptibile de reglementare juridică, ficțiunile își dovedesc utilitatea ca procedeu de tranziție a dreptului însuși, prevenind soluțiile de continuitate brusce și discordanțele insolubile, asigurând totodată „comprehenșiunea dreptului și tendința acestuia spre unitate”.¹⁷⁴

De altminteri, toate instituțiile dreptului, mai mult sau mai puțin, implică concepții imaginare și asimilări prin idei.

Relevându-se utilitatea ficțiunilor și, astfel, legitimitatea lor, au fost evocate funcțiile sau ipostazele acestora¹⁷⁵: ficțiunea ca

¹⁷² A se vedea: *L. Pop*, Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale, Ed. „Lumina Lex”, București, 2001, p. 143, 144; *C. Birsan*, Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. ALL Beck, București, 2001, nr. 196; *I. Adam*, Drept civil. Drepturile reale, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 477, 478. A se vedea însă și *infra*, nr. 73. Articolul 896 din proiectul Codului civil consacră, de asemenea, efectul retroactiv al partajului, fiecare dintre copărtași fiind prezumat că a dobândit singur și de la data deschiderii succesiunii toate bunurile care compun partea sa și că nu a fost niciodată proprietar pe celelalte bunuri succesoriale.

¹⁷³ Asupra acestora, a se vedea *M. Eliescu*, Transmisiunea și împărțeala moștenirii în dreptul Republicii Socialiste România, Ed. Academiei, București, 1966, p. 285.

¹⁷⁴ *Al. C. Angelescu*, op. cit., nr. 301.

¹⁷⁵ A se vedea *J.M. Delgado-Ocando*, op. cit., p. 78 și urm.

procedeu tehnic de «asimilare» a unor raporturi sociale diferite, în scopul de a le conferi aceeași soluție; ficțiunea ca mijloc de «egalizare» – diferită însă de analogie – fără o soluție de continuitate, de ruptură; ficțiunea ca operațiune intelectuală derivată, constructivă de noi categorii (căsătorie putativă, societate de fapt, gaj fără depozitarea proprietarului ș.a.)¹⁷⁶.

Ficțiunea e o «invenție», dar, ca varietate de concept, ea este o «invenție» constructivă, facilitând înțelegerea și aplicarea dreptului. Dacă există totuși un pericol, acesta nu poate deriva din ficțiunile înseși, ci din eventualul abuz de ficțiuni.

Ficțiunea este o tehnică limitativă, subordonată unui scop determinat (de exemplu, principiul specialității persoanei juridice sau administrarea bunurilor comune de către soți).

16. Ficțiunile – judecată de valoare. Exceptând enunțurile specifice dicționarilor, încercarea de definire a ficțiunii este nu numai anevoioasă, dar, poate, și inoportună – *omnis definitio in iure periculosa est*. Și totuși, astfel de definiții s-au formulat¹⁷⁷: ficțiunea este un „procedeu de deformare”, întrebuințat de legiuitor în opera de conceptualizare; este „un procedeu logic, artificial, prin care legiuitorul încearcă să atașeze construcției generale a dreptului o instituție nouă”; „un procedeu artificial, adeseori utilizat de legiuitor, pentru a admite existența unui fapt care este totuși

¹⁷⁶ Cum spunea Fr. Gény, aducându-se omagiu unei categorii perimate, care, lăsând vestigii notabile, trebuie încă să fie conservată, se elaborează efectiv și mediat o nouă categorie (op. cit., p. 378, 379).

¹⁷⁷ A se vedea, bunăoară: J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1953, p. 232; Fr. Gény, op. cit., p. 365, 393-398; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, cit. *supra*, p. 157-160; Al.C. Angelesco, op. cit., nr. 300; A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 19, unde sunt aduse în atenție diferite definiții, inclusiv cea considerată ca fiind prima definiție dată ficțiunii; J.-M. Delgado-Ocando, op. cit., p. 82, nota de sub nr. 17; A. Naschitz, *Teorie și practică în procesul de creare a dreptului*, Ed. Academiei, București, 1969, p. 285; V.D. Zlătescu, *Introducere în logica formală*, Ed. „Rompit”, București, 1995, p. 147; I. Vida, *Manual de logică formală*, Ed. „Lumina Lex”, București, 2000, p. 85, 86.

dezmințit de realitate”; „ficțiunea se caracterizează prin faptul că operează o asimilare artificială sau o echivalare a unor lucruri care în realitate sunt diferite sau chiar contrare”; „ficțiunea este o construcție juridică artificială, care consideră ca adevărate lucruri ori situații care nu corespund realității”, astfel fiind considerate ca existente lucruri inexistente, în timp ce unele inexistente apar ca reale sau se consideră că un lucru a apărut la o altă dată decât atestă realitatea faptelor; ficțiunea este o „metodă de raționament, un procedeu de tehnică juridică, constând în considerarea unui fapt sau a unei situații diferite de realitate, în scopul de a produce un efect de drept”, procedeu tehnic care constă în plasarea, prin gândire, a unui fapt, a unui lucru sau a unei persoane într-o categorie juridică, care, conștient, îi este improprie, pentru a beneficia de soluția proprie acelei categorii etc. etc.¹⁷⁸

Fiecare dintre aceste posibile definiții are meritul de a pune accentul asupra unui element semnificativ și util: ficțiunea este un procedeu tehnic, ea este un raționament, ea permite conceptualizarea dreptului, inovarea instituțiilor juridice, asigură adecvarea sau adaptarea acestora, îndeplinește un rol creator, ea îndeplinește o funcție istorică și o funcție dogmatică, ficțiunea contribuie la sistematizarea, clasificarea și interpretarea coerentă a instituțiilor dreptului ș.a.m.d. Cum spunea J. Dabin, în cazul ficțiunilor, „printr-un fel de violență intelectuală practică asupra realităților, figurând în ipoteza deciziilor legale, dreptul existent se găsește modificat, fațada rămânând însă intactă, căci regula nouă își găsește ospitalitate în sânul definițiilor și clasificărilor vechi”¹⁷⁹.

Cele câteva exemplificări făcute, credem că au fost de natură să evidențieze atât valoarea ficțiunii ca procedeu de tehnică legis-

¹⁷⁸ A se vedea, de asemenea: Les problèmes des fictions en droit civil, Travaux de l'Association H. Capitant, t. III, Dalloz, 1947, îndeosebi raportul lui R. Houin, p. 242 și urm.; C. Perelman, P. Foriers, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974; J. Schmidt-Szalewski, *Les fictions en droit privé*, Archives de philosophie du droit, t. XX, Sirey, 1975, p. 273 și urm.

¹⁷⁹ J. Dabin, op. cit., p. 331.

lativă, cât și valoarea creatoare, novatoare a acesteia în sistemul propozițiilor normative, calitatea ei de a fi *regulă de drept*.

Totuși, definiția ficțiunii rămâne indecisă, întrucât, cum s-a spus, ea se mărginește la o aprehensiune pur intuitivă. Orice tentativă de a elabora o concepție unitară asupra noțiunii de «ficțiune» este iremediabil sortită eșecului, deoarece orice regulă juridică implică două interogații absolut distincte prin natura lor: oportunitatea și rectitudinea logică în privința construcției juridice generale; o judecată de valoare de care depinde calificarea ficțiunii răspunde necesarmente uneia dintre aceste interogații, excluzând-o pe cealaltă. Ar rezulta astfel că există nu una, ci două categorii de ficțiuni: ficțiuni-reguli și ficțiuni juridice¹⁸⁰. În cazul primelor, regula astfel stabilită este contrară sau, cel puțin, aparent inadecvată în raport cu realitatea, dar ea poate fi apreciată ca oportună; în cazul secundelor, ceea ce prevalează sunt conceptele juridice, ficțiunea fiind o realitate juridică altfel definită. Ea constă în alterarea unuia sau a mai multor concepte juridice prin ignorarea fie a condițiilor logice, fie a efectelor logice ce ar decurge din aplicarea lor nemodificată. Constituie deci o ficțiune juridică orice soluție de drept de natură să compromită *coerența* sistemului juridic, astfel cum acesta a fost configurat tehnic prin definirea unui ansamblu de concepte juridice și a relațiilor dintre ele, semnificând astfel o judecată de valoare asupra unui efect juridic. Cum însă și ficțiunile fac parte din drept, realitatea juridică de referință pentru a putea identifica o ficțiune este aceea care a fost sau este elaborată prin concepte în general admise¹⁸¹.

Ar fi vorba, în esență, fie de ignorarea sau alterarea unuia dintre elementele imanente definirii aceluia concept juridic, fie de ignorarea sau alterarea unuia dintre efectele juridice obișnuite, logice, derivând din aplicarea normei în care s-a inserat acel concept. Adeseori însă, atât sub primul aspect, cât și sub cel de-al doilea,

¹⁸⁰ G. Wicker, op. cit., nr. 2-2.

¹⁸¹ C. Perelman, *Présomptions et fictions en droit*. Essai de synthèse, în vol. „Les présomptions et fictions en droit”, cit. *supra*, p. 339 și urm., îndeosebi p. 343.

ficțiunile se multiplică, punând în discuție nu unul, ci mai multe elemente sau mai multe efecte.

Ne îngăduim însă să considerăm că delimitarea făcută între cele două categorii de ficțiuni – ficțiuni-reguli și «ficțiuni juridice», denumite astfel convențional, desigur, dar și imprecis, întrucât și ficțiunile-reguli sunt ficțiuni juridice – nu este cu totul convingătoare, sub cel puțin câteva aspecte: ficțiunile-reguli nu sunt cu totul străine operațiunii sau demersului de ignorare ori de deformare a unuia sau a mai multor elemente constitutive imanente conceptelor ori a efectelor ce decurg din aplicarea normelor juridice articulate din aceste concepte; prin abatere de la exigențele logice ale unor concepte sau de la efectele comune ale acestora se ajunge inevitabil la configurarea unor situații juridice contrare realității juridice; prin ambele categorii de ficțiuni se tinde spre același rezultat – inovarea sau adaptarea regulilor dreptului corespunzător imperativelor reale și producerea unor efecte juridice oportune și echitabile în situații juridice determinate. Apreciem deci că ficțiunile pot fi calificate, împreună, sub semnul uneia și aceleiași categorii.

Ficțiunea reprezintă o judecată de valoare, stabilind deliberat reguli de drept contrare realității juridice ori ignorând sau deformând concepte din instrumentarul dreptului, prin abatere de la exigențele logice și de la efectele juridice obișnuite, în scopul inovării sau adaptării normelor juridice, corespunzător imperativelor sociale, și al producerii unor consecințe juridice determinate.

O posibilă definiție, între atâtea altele, care nu exprimă complexitatea instituției ficțiunilor juridice.

O abordare mai largă și mai ales mai profundă a acestei «curiozități juridice», purtătoare de atâtea paradoxuri – unele inadmisibile, altele însă admisibile – va fi cu siguranță binevenită, pentru că ficțiunile fac parte din viața noastră, nu neapărat juridică: noi înșine ne creăm ficțiuni, amăgitor și consolator sau cu optimism robust; altele ne sunt create, pentru a «înțelege» lucruri de neînțeles ori pentru a ne cultiva speranțe.

17. Domeniul ficțiunilor juridice. Procedând la o evaluare panoramică a ficțiunilor juridice, indiferent de sursa acestora,

prima constatare ce își reclamă consemnarea este aceea că nu există un domeniu exclusiv al ficțiunilor juridice, nici măcar unul privilegiat. Altfel spus, în principiu, ficțiuni juridice pot fi întâlnite în toate ramurile dreptului. Nu este însă mai puțin adevărat că, numericeste, în unele ramuri ale dreptului – cele articulate din norme exclusiv sau preponderent imperative și, *a fortiori*, de ordine publică – ficțiunile sunt figuri juridice izolate sau, cum spunea un doctrinar, „figuri de o singularitate amuzantă”¹⁸², existând dificultăți de compatibilizare a acestora – ca procedeu de tehnică legislativă – cu exigențele reglementărilor din aceste subsisteme de drept. Dimpotrivă, în alte ramuri ale dreptului, unde, bunăoară, liberalismul excelează – prin principiul autonomiei de voință sau prin principiul disponibilității – ficțiunile juridice sunt mai numeroase.

Indiferent însă de o asemenea constatare, ori de câte ori, în lipsa unui alt «remediu», s-a simțit nevoia să se acrediteze o ficțiune juridică, n-au existat insurmontabile impedimente, ci doar, uneori, serioase ezitări. Și aceasta deoarece, în pofida faptului că ficțiunile juridice atribuie o „coloratură specifică raționamentului juridic”, ele introduc un „factor arbitrar și artificial”, legitimând „o eroare voluntară ca sursă a adevărului juridic”¹⁸³.

Înainte de a exemplifica, alte câteva precizări sunt necesare. Uneori, cum vom încerca să justificăm la locul potrivit, chiar unele ficțiuni, calificate astfel *in terminis* prin dispozițiile legii, în realitate nu sunt ficțiuni. De exemplu, art. 664 C. civ. prevede ritos: „Reprezentarea este o *ficțiune a legii*, care are de efect de a pune pe reprezentanți în locul, în gradul și în dreptul reprezentatului” [s.n.]¹⁸⁴. Alteori, deși intenția legiuitorului de a crea ficțiuni juridice nu este explicită, precum în exemplul arătat, de altfel singurul de ficțiune legală calificată ca atare, totuși, modul de reglementare a putut conduce la concluzia că textele ocultează «veritabile

¹⁸² J. Rivero, *Fictions et présomptions en droit public français*, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, p. 111.

¹⁸³ P. Foriers, *Présomptions et fictions*, în vol. cit. *supra*, p. 17.

¹⁸⁴ Pe larg, a se vedea *infra*, nr. 68.

ficțiuni». Bunăoară, în cadrul «ficțiunilor terminologice»¹⁸⁵ sunt evocate prevederile art. 462 și urm. C. civ., care, într-o «gradație simptomatică», consideră unele bunuri mobile ca fiind imobile, ajungând în «plină irealitate sau improprietate» cu exemplificări de genul celor de la art. 467-468 C. civ.: „animalele”, „porumbii din porumbărie”, „lapinii ținuti pe lângă casă” etc. Tot astfel, constituindu-ne ca reper definiția uzufructului de la art. 517 C. civ., care, între altele, pune accent pe îndatorirea de a „conserva substanța” lucrurilor, prevederile art. 526 C. civ., care se referă la uzufructul bunurilor consumptibile¹⁸⁶, ar apărea ca ficționale.

Alte ficțiuni juridice sunt în realitate prezumții legale sau invers¹⁸⁷.

În fine, există posibilitatea unor confuzii ideatice sau noționale, considerând ca fiind ficțiuni unele excepții legale, derogări de la normele comune, sau unele asimilări, analogii, tehnici de trimitere la o altă normă¹⁸⁸. Confuzia de planuri a fost și este posibilă, în condițiile unor insuficiente determinări – și delimitări – a categoriei ficțiunilor juridice.

Nu este locul să stăruim, analizele în detaliu a diverselor ipoteze ficționale urmând a se face în cele ce urmează, așa încât pentru evocarea domeniului ficțiunilor juridice doar exemplificăm.

17.1. În spațiul *dreptului constituțional* atrag atenția unele aserțiuni sau reglementări, care, cu siguranță, sunt ficționale¹⁸⁹.

Se spune îndeobște, în spiritul ortodoxiei roussoniene, că „legea este expresia voinței generale”. Nimic mai ficțional. Nu numai că cei care alcătuiesc autoritatea legiuitoare, prin modul lor de desemnare de către o «parte» a corpului electoral – fără ca acest corp să

¹⁸⁵ P. Foriers, op. cit., p. 17, în legătură însă cu prevederile art. 519 și mai ales ale art. 522 din Codul civil francez. A se vedea și *infra*, nr. 59.

¹⁸⁶ A se vedea *infra*, nr. 59.

¹⁸⁷ A se vedea *infra*, nr. 27, 28.

¹⁸⁸ A se vedea *supra*, nr. 5-7.

¹⁸⁹ Pentru unele dintre acestea, a se vedea J. Rivero, *Fictions et présomptions en droit public français*, cit. *supra*, p. 111 și urm. A se vedea și *infra*, nr. 33.

se poată identifica, el însuși, cu categoria socială de popor¹⁹⁰ – nu exprimă voința generală, dar, chiar abstracție făcând de o asemenea realitate, nici o lege, dar nici una, nu se poate spune că însușește voința tuturor, că ea este expresia unei voințe «unanime».

Se spune, de asemenea, de această dată preluând mesajul lui Montesquieu, că cei aleși sunt reprezentanții Națiunii. Numai că Națiunea este un «concept-sinteză», o categorie abstractă, așa încât ea însăși nu poate conferi un mandat colectiv și general nici reprezentanței naționale, nici fiecăruia dintre membrii acesteia.

Asemenea aserțiuni, aparținând însă mai degrabă retorismului politic, nu vor face obiectul unei analize în contextul ficțiunilor juridice, deși «reverberațiile» lor, inclusiv în limbajul juridic, încă mai pot fi înregistrate.

Există însă, în opinia noastră, alte «veritabile» ficțiuni juridice, profesate dezinvolt, precum: prezumția absolută de cunoaștere a legii¹⁹¹, adoptarea unei legi prin neadoptare, adoptarea unei ordonanțe de urgență prin neadoptare¹⁹², adoptarea unui proiect de lege printr-un vot tacit și global sau, prin ricoșeu, prin neadoptarea unei moțiuni de cenzură ori, simetric invers, respingerea implicită a unui proiect de lege prin adoptarea unei moțiuni de cenzură, ca urmare a angajării răspunderii politice de către Guvern¹⁹³.

17.2. În dreptul administrativ am putea mai întâi remarca ipoteza «culpei de serviciu», a unei culpe anonime și colective, care angajează o autoritate administrativă și care se impută direct și exclusiv acesteia. Culpă de serviciu constă într-un act prejudiciabil, cu un caracter anonim, dezvăluind o greșită organizare și o greșită funcționare a serviciului public administrativ și care angajează răspunderea administrației, în condiții diferite, potrivit cu gradul de dificultate pe care îl prezintă executarea serviciului și

¹⁹⁰ Doctrina lui Rousseau implica de altfel și alte două ficțiuni: fiecare alegător este purtătorul unei «cote-părți» din suveranitate, deși aceasta este indivizibilă; cei aleși sunt purtătorii unui «mandat imperativ».

¹⁹¹ A se vedea *infra*, nr. 30, 31.

¹⁹² A se vedea *infra*, nr. 33.

¹⁹³ *Idem*.

cu gravitatea greșelii¹⁹⁴. Într-o opinie, această ipoteză, care pune agentul public într-o poziție mai favorabilă decât aceea a prepusului obișnuit, este adecvată „climatului administrației (...) în care funcționarul este considerat o piesă anonimă într-un mecanism”; „n-ar fi vorba de responsabilitatea pentru fapta altuia (a agentului), ci de o varietate specifică de responsabilitate pentru fapta personală, responsabilitatea directă a unei persoane morale”¹⁹⁵. În realitate, totdeauna se va găsi în mecanismul administrației «piesa culpabilă», înăuntrul sistemului de control ierarhic sau al celui de tutelă administrativă. Oricum, în dreptul nostru administrativ pare a se păstra raportul dintre comitent și prepus, din moment ce art. 72 din Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici¹⁹⁶ instituie răspunderea funcționarului public pentru „daunele plătite de autoritatea sau instituția publică, în calitate de comitent, unor terțe persoane, în temeiul unei hotărâri judecătorești definitive și irevocabile”¹⁹⁷ [s.n.]. Totuși, ipoteza «culpei de serviciu» trebuie luată în considerare, îndeosebi în domeniul altor eventuale forme de răspundere juridică a funcționarului public, dar – de ce nu? – uneori, și al celei civile. Fiind însă o ipoteză mai rar întâlnită, nu vom stăruia asupra ei.

Vom examina însă aparte câteva situații pe care le considerăm ficțiuni juridice: refuzul nejustificat al unei autorități administrative, ca specie a actului administrativ susceptibil de atac în

¹⁹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 1987, p. 357.

¹⁹⁵ A se vedea G. Darcy, M. Paillet, *La responsabilité administrative*, în „Droit public”, t. II, sous la direction de J.-M. Auby, Economica, Paris, 1985, p. 509, 510.

¹⁹⁶ Legea nr. 188/1999 a fost republicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 251 din 22 martie 2004.

¹⁹⁷ Această sintagmă, frecvent întrebuințată în actele normative, este cel puțin discutabilă. O hotărâre „definitivă” devine inevitabil o hotărâre „irevocabilă”; o hotărâre „irevocabilă” a fost mai întâi o hotărâre „definitivă”.

contenciosul administrativ¹⁹⁸; funcția de fapt și, corelativ, funcționarul de fapt¹⁹⁹; aprobarea tacită²⁰⁰.

17.3. În *dreptul penal*, în considerarea naturii normelor care articulează acest subsistem al dreptului, ficțiunile juridice pot fi considerate curiozități, de altfel extrem de discutabile. Bunăoară, situații sensibile sub aspectul identificării unor posibile ficțiuni juridice ar putea crea „normele în alb proprii”²⁰¹, a căror completare se face printr-o dispoziție cuprinsă într-un act normativ de forță juridică inferioară legii, punând astfel în discuție nu numai principiul legalității incriminării, dar și principiul constituțional consacrat de art. 73 alin. (3) lit. h) din legea fundamentală, în sensul căruia „infracțiunile, pedepsele și regimul executării acestora” sunt reglementate prin lege organică. Prudența acreditării normelor în alb proprii este cu atât mai necesară cu cât Guvernul nu poate emite ordonanțe în domeniul legilor organice nici prin delegare legislativă. *A fortiori*, Guvernul n-ar putea interveni prin hotărâri pentru a complini norme în alb mai mult decât cu unele elemente complementare.

Rămâne însă în atenție, așa încât vom reveni, «asimilarea» erorii de drept cu o eroare de fapt, pentru a face admisibilă eroarea de drept²⁰².

Alte câteva situații fac de asemenea posibilă ipoteza ficțiunilor juridice. Bunăoară, în cazul așa-numitei *actio libera in causa*, adică atunci când, deși acțiunea nu s-a desfășurat în condițiile unei voințe libere, cauza ei se situează la un moment în care autorul dispunea în mod liber de voința sa²⁰³; în caz de «legitimă apărare privilegiată», dacă, cât privește proporționalitatea dintre atac și apărare, s-ar considera – cum odinioară o parte a doctrinei a

¹⁹⁸ A se vedea *infra*, nr. 34.3.

¹⁹⁹ *Idem*.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ Pe larg, a se vedea *Fl. Streteanu*, *Drept penal. Partea generală*, 1, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 84.

²⁰² A se vedea *infra*, nr. 31.

²⁰³ *Fl. Streteanu*, op. cit., nr. 356, împreună cu reperele doctrine și jurisprudențiale.

considerat – că prezumția este absolută²⁰⁴; în ipoteza unei cauze justificative putative, atunci când autorul crede în mod eronat că acționează în prezența unei cauze justificative, care, în realitate, era inexistentă; în caz de *actio libera in causa*, raportată însă la constrângerea fizică sau în caz de constrângere morală; consacrarea doctrinară și jurisprudențială a «teoriei acțiunii» în cazul infracțiunilor de rezultat, făcând aplicabilă așadar legea în vigoare la momentul comiterii acțiunii, nu la momentul producerii rezultatului²⁰⁵ etc.

Asemenea ipoteze sau altele – discutabile însă sub aspectul considerării lor ca surse ale unor ficțiuni juridice – sunt însă de sorginte jurisprudențială.

Este însă o ficțiune juridică legală, în opinia noastră, retroactivitatea legii penale sau contravenționale mai favorabile²⁰⁶ – art. 15 alin. (2) din Constituție.

17.4. În *dreptul internațional public*, spre deosebire de cel intern – unde sursa ficțiunilor juridice poate fi și legală sau jurisprudențială – ficțiunile juridice ar putea apărea în procesul elaborării, interpretării sau aplicării regulilor de drept internațional²⁰⁷. Unele ficțiuni sunt întrebuințate pentru a facilita expunerea sau «exprimarea» regulii de drept; altele sunt întrebuințate pentru a «explica» o regulă de drept – cum spunea autorul citat, „în lipsă de imaginație, sunt utilizate concepte inadecvate, dar comode pentru că sunt cunoscute”; în fine, se recurge la ficțiuni juridice pentru a «înlătura» aplicarea unui text sau pentru a «extinde» interpretarea acestuia. Astfel de ipoteze pot fi subsumate funcțiilor ficțiunilor juridice, considerate ca procedeu de tehnică juridică. Ficțiunile sunt însă întrebuințate adeseori și pentru a reflecta o anume ideo-

²⁰⁴ *Ibidem*, nr. 317.

²⁰⁵ Trib. Suprem, decizia de îndrumare nr. 1/1987, în „Revista română de drept”, 1987, nr. 8, p. 45.

²⁰⁶ A se vedea *infra*, nr. 38.

²⁰⁷ Pentru o sinteză, a se vedea *J.A. Salmon*, *Le procédé de la fiction en droit international public*, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, p. 114 și urm.

logie: aprecierea «realului» de către state, în baza prerogativelor suverane; calificarea eronată a «realului» – cum spunea autorul – din „curtoazie sau ipocrizie”, statul „neîndrăznind să rostească adevărul”²⁰⁸; în fine, există și ficțiuni derivate din doctrina sau din formalismul juridic.

Revenind la ficțiuni ca procedeu de tehnică juridică, în raport cu funcțiile arătate, aducem în atenție câteva exemple, unele însă discutabile. De multă vreme și, izolat, chiar și acum s-a acreditat ideea «*extraterritorialității*», considerând teritoriul reprezentanțelor diplomatice o prelungire a teritoriului statului reprezentat²⁰⁹; aceeași idee și același concept ficțional au fost evocate pentru a explica imunitatea șefilor de state străine și a trupelor străine staționate pe teritoriul statului național. Curtea permanentă de justiție internațională, în afacerea „Lotus”, a opinat, de asemenea, că „principiul libertății mării are ca și consecință că o navă aflată în marea deschisă este asimilată teritoriului statului al cărui pavilion îl poartă, întrucât, *ca și în teritoriu*, acest stat își exercită asupra ei autoritatea sa (...) Așa fiind, ceea ce se întâmplă la bordul unei nave în marea liberă trebuie privit *ca și cum* s-ar întâmpla pe teritoriul statului al cărui pavilion îl poartă (...)” [s.n.]²¹⁰. În opinia disidentă, s-a observat tocmai caracterul fictiv al unei asemenea aserțiuni: „O navă este un bun mobil (...) Competența de a cerceta o infracțiune săvârșită la bordul navei nu este în nici un caz de natură teritorială; aceasta depinde de legislația care, pentru comoditate și prin consimțământ mutual, se aplică în cazul acestor bunuri mobile de natură foarte specială”²¹¹. *Mutatis mutandis*, noțiunea de «extraterritorialitate» s-a aplicat și aeronavelor.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 117.

²⁰⁹ Convenția de la Viena din 1961.

²¹⁰ La o concluzie extravagantă s-ar putea ajunge astfel: statutul navei s-ar apropia de cel al unei insule și, prin urmare, suveranitatea statului ar trebui să se extindă și asupra subsolului marin și coloanei de aer.

²¹¹ Convenția internațională din 10 mai 1952 pentru unificarea unor reguli relative la competența penală în materie de abordaj a prevăzut competența exclusivă a statului pavilionului.

În cursul secolului al XVIII-lea și la începutul secolului al XIX-lea, o practică de «blocadă fictivă» s-a manifestat uneori, «blocadă de cabinet» sau «blocadă pe hârtie», fără asigurarea ei efectivă.

Contrar celor prevăzute de art. 27 parag. 3 din Carta O.N.U., uneori, absențele unor membri s-a considerat a nu fi un obstacol la realizarea unanimității, adică, adăugăm noi, a unei «unanimități fictive».

Ficțiuni au fost preferate, adeseori, și în legătură cu recunoașterea unor state, a unor guverne sau a unor frontiere, negându-se astfel o «realitate de fapt», dar, dintr-o anumită perspectivă, și o «realitate juridică»²¹²; alteori, dimpotrivă, s-a recunoscut o «realitate inexistentă»²¹³.

Din considerente exclusiv politice și de oportunitate, unor state federate ex-sovietice (Bielorusia și Ucraina) li s-a recunoscut calitatea de state membre ale Națiunilor Unite, ca și cum ar fi fost state independente.

Statutul Ierusalimului de *corpus separatum*, așa cum a hotărât Adunarea Generală a O.N.U., n-a fost niciodată respectat.

Unele calificări eronate au fost făcute cu intenția de a evita prezentarea adevărului, a «realității de fapt»: ocuparea unor teritorii considerate *res nullius* sau «teritorii fără stăpâni», protectoratul internațional, cesiunea administrativă, mandatul sau tutela teritoriilor neautonome (nici unul dintre acești termeni împrumutați din dreptul privat neavând nici o legătură cu instituțiile juridice pe care le semnifică – «cesiune», «mandat», «tutelă»), intervenția solicitată, umanitară sau fraternă etc.

²¹² De exemplu, recunoașterea statului Israel, a Republicii Democrate Germane, a Republicii Democratice Vietnam sau a frontierei Oder-Neisse etc.

²¹³ Acordul de la Lateran din 11 februarie 1929 a creat statul „Cetatea Vaticanului” (teritoriul este mai degrabă nominal, aproximativ 44 de hectare, populația este aproximativ de 500 de persoane, care dobândesc naționalitatea *ratione numeris*).

17.5. În *dreptul internațional privat*, ficțiunile juridice sunt de asemenea frecvente²¹⁴, îndeosebi în materia *conflictului de legi*. Câteva exemple. Reglementarea actuală cu privire la *lex successionis* – art. 66 din Legea nr. 105/1992 – reia parțial concepția tradițională și practica instanțelor în sensul cărora *mobilia sequuntur personam* și *lex rei sitae*²¹⁵, *immobilia vero territorium*. Dar, cât privește succesiunea mobilă²¹⁶, regula este fondată pe existența fictivă a bunurilor mobile la domiciliul lui *de cuius*; și regula se aplică chiar contrar situației reale a bunurilor mobile. Calificarea *lex fori* a fost uneori considerată o ficțiune juridică, întrucât ea face în întregime abstracție de veritabila natură a unei instituții străine (de exemplu, considerarea celebrării religioase a căsătoriei ca o condiție de formă, deși potrivit legii unuia dintre viitorii soți, ea este o condiție de fond)²¹⁷. Dar, poate cea mai semnificativă ipoteză de ficțiune este aceea care privește aplicarea legii străine: într-o opinie, de sorginte britanică și americană²¹⁸, legea străină este o chestiune de fapt, un element de fapt al procesului, așa încât dreptul străin n-ar putea fi aplicat în locul lui *lex fori*, nici înlocuit de aceasta; teoria italiană «*rinvio ricettizio*» acreditează de

²¹⁴ A se vedea *M. Weser*, *Présomptions et fictions en droit international privé*, în vol. „*Les présomptions et les fiction en droit*”, cit. *supra*, p. 144 și urm.

²¹⁵ Mai pe larg, a se vedea *D.-Al. Sitaru*, *Drept internațional privat*. Tratat, Ed. „Actami”, București, 1997, p. 163 și urm.

²¹⁶ Reglementarea în materie nu se referă însă la „domiciliul” defunctului – ceea ce ar fi determinat, uneori, înlocuirea unei ficțiuni cu o alta –, ci la persoana căreia îi aparțin bunurile: „bunurile mobile urmează persoana”.

²¹⁷ Potrivit art. 3 din Legea nr. 105/1992, când determinarea legii aplicabile depinde de calificarea ce urmează să fie dată unei instituții de drept sau unui raport juridic, se ia în considerare calificarea juridică stabilită de legea română – *lex fori*. Condițiile de fond cerute pentru încheierea căsătoriei sunt determinate de legea națională a fiecăruia dintre viitorii soți – art. 18 alin. (1) din aceeași lege.

²¹⁸ Judecătorul Marshall de la Curtea Supremă de Justiție a federației americane – care a consacrat și controlul jurisdicțional al constituționalității legilor – a adoptat acest punct de vedere încă din 1804.

asemenea o ficțiune, dar diferită de cea precedentă, considerând că, întrucât legea străină nu are o valoare juridică, ea se aplică totuși prin trimitere de către regula de conflict la *lex fori*, această trimitere fiind «*ricettizio*» pentru că «naționalizează» dreptul străin; în sensul unei mai recente teorii franceze și a jurisprudenței din această țară, legea internă franceză are vocația de a reglementa toate raporturile de drept privat, judecătorul având totuși posibilitatea – nu obligația – de a restrânge această vocație și de a aplica din oficiu legea străină competentă; în doctrina și jurisprudența germană s-a optat pentru un alt sistem de reglementare – judecătorul care ignoră conținutul unei legi străine, pe care o consideră totuși aplicabilă în litigiul ce i-a fost ales, face apel în acest caz la o lege străină pe care o consideră a fi identică sau similară aceleia pe care trebuia să o aplice; în dreptul american, în unele cazuri, legea străină necunoscută este prezumată asemănătoare cu *lex fori*, rămânând astfel discutabilă doar calificarea acestui sistem ca prezumție ori ca ficțiune; în dreptul englez, de asemenea, atunci când legea străină competentă este necunoscută, judecătorul totdeauna o prezumă ca fiind asemănătoare legii engleze și, fiind o prezumție *iuris et de iure*, ideea de ficțiune poate fi implicată, putându-se tot atât de bine spune că legea străină este «ca și» legea națională. Spre deosebire de alte sisteme și de dreptul român antebelic, în sensul cărora legea străină era sau este un element de fapt, în concepția legiuitorului român actual, dreptul străin, la care norma conflictuală română face trimitere, este un element de drept²¹⁹, circumstanțial însă în asimilare cu dreptul forului prin rolul activ al instanței și principiul disponibilității.

17.6. Totuși, *dreptul civil*, dominat se pare de norme supletive și mai ales guvernat de principiul autonomiei de voință, excelează prin numărul și subtilitatea ficțiunilor juridice – având ca sursă

²¹⁹ Pentru o largă analiză, cu repere bibliografice și jurisprudențiale, a se vedea: *O. Căpățină, B. Ștefănescu*, Tratat de dreptul comerțului internațional, vol. I, Partea generală, Ed. Academiei, București, 1985, p. 151 și urm.; *T.R. Popescu*, *Drept internațional privat*, Ed. „Romfel”, București, 1994, p. 109-143.

inițiativa părților, concepțiile doctrinei și jurisprudența²²⁰ – înnoind, adaptând, remodelând, redimensionând dreptul scris într-o asemenea măsură încât – precum dreptul civil francez – cel originar este greu de recunoscut. Puține sunt instituțiile juridice care să nu fi fost reinterpretate, reconsiderate sau completate pe parcursul celor mai bine de două secole de la originarea lor.

Doar pentru a ilustra – și în acest context – «disponibilitatea» dreptului civil la înnoire și adaptare, inclusiv pe calea ficțiunilor juridice, invocăm categoria «*contractelor nenumite*», contractelor care nu poartă un «nume» pentru că legea nu le-a prevăzut sau care, deși au un nume stabilit de părți, rămân «nenumite» în raport cu categoriile legale. Deși legea noastră civilă nu a preluat și dispozițiile art. 1107 din Codul civil francez, existența contractelor nenumite n-a fost niciodată contestată, ci doar, izolat, s-a pus în discuție interesul practic al clasificării²²¹. Interesul clasificării este însă indeniabil: calificarea contractului pentru a-i stabili regimul juridic aplicabil²²². Unele dintre contractele nenumite sunt considerate «complexe», întrucât, aparent, nu pot fi cuprinse în nici una dintre categoriile prevăzute de lege, ele combinând mai multe tipuri de contracte numite (de exemplu, contractul de hotelărie); altele sunt contracte *sui generis*, neputând fi atașate nici unui tip de contract special.

Două concluzii interesează îndeosebi: părțile contractante pot «crea» diferite tipuri de contracte care, uneori, sunt consacrate

²²⁰ Pe larg, a se vedea *infra*, nr. 50 și urm.

²²¹ Pentru observații, a se vedea, Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil. Les obligations, 2^e éd., Éditions Cujas, 1990, nr. 310, 311. Categoria contractelor nenumite a fost în cele din urmă consacrată în epoca lui Iustinian, deschizându-se o acțiune specifică – *prescriptio verbis*. Ele au fost clasificate în patru categorii: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*.

²²² Articolul 907 din proiectul Codului civil evocă acum categoria contractelor nenumite, arătând că acestea se completează, dacă este cazul, cu regulile aplicabile contractului cu care prezintă cele mai strânse legături, iar, în lipsă, cu dispozițiile capitolului din legea civilă „Despre contract”.

ulterior jurisprudențial sau chiar legal²²³; instanțele nu sunt ținute de calificarea făcută de părți unui anumit contract, fiindcă, uneori, ea este deliberat mincinoasă, alteori ea este involuntar eronată.

17.7. Deși *procedura civilă* a fost considerată, metaforic, o «aritmetică» sau o «gramatică» a dreptului civil substanțial, evocându-i astfel rigorismele, nici ea nu este cu totul străină de procedeul ficțiunilor juridice. Doar un exemplu: potrivit art. 132 alin. (2) C. proc. civ., „cererea *nu se socotește modificată* și nu se va da un termen” [s.n.] nici atunci când „reclamantul mărește sau micșorează câtimea obiectului cererii” sau când „înlocuiește cererea în constatare printr-o cerere pentru realizarea dreptului sau dimpotrivă”. În ambele situații, «realitatea» modificării este evidentă, dar legea contrazice această realitate.

Domeniul ficțiunilor juridice este așadar, practic, nelimitat. Dar ficțiunile juridice înseși au și trebuie să aibă anumite limite.

18. Limitele ficțiunilor juridice. În general, considerate ca «periculoase», ficțiunile juridice au fost și sunt circumscrise unor limite²²⁴, întrucât – cum s-a spus cândva – adevărul și numai adevărul este fundamentul oricărei justiții, iar ficțiunile, evocând „minciuna”, sunt imorale.

Dar ficțiunea juridică nu este totdeauna o minciună. Indiferent însă de o asemenea clauză, ficțiunea fiind contrară «realității juridice», ea nu poate fi profesată fără limite: unele dintre aceste limite fiind *relative*; altele însă sunt *absolute*.

18.1. Limitele relative pot deriva din însăși «realitatea» cu care se confruntă ficțiunile sau din finalitatea lor.

Deși, prin definiție, ficțiunea ignoră realitatea, ignorarea realității nu este totdeauna posibilă sau admisibilă; ficțiunea nu poate oricând și oricum să afirme ceea ce nu există sau să nege ceea ce

²²³ Unele dintre așa-numitele «contracte de ing» au apărut astfel, ca și creații ale părților, mai întâi: *camping*, *parking*, *management*, *factoring*, *franchising*, *leasing*, *know-how*, *marketing*.

²²⁴ A se vedea, împreună cu amplul aparat bibliografic, A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 311 și urm.

există: «fantezia» legiuitorului este totuși limitată prin forța realității – *naturae non imperatur nisi parendo*. Bunăoară, cel mai tânăr nu poate adopta pe cel mai în vârstă – *minorem natu non posse maiorem adoptare plaset: adoptio enim naturam imitatur et pro monstro est, ut maior sit filius quam pater*.²²⁵ Dreptul trebuie să respecte natura lucrurilor, pentru a nu crea monstruoziități juridice²²⁶.

Nu este însă mai puțin adevărat că, în principiu, ficțiunile pot trece dincolo de «real» și, de altfel, tocmai această abatere de la «realitate» le conferă factură ficțională. Dacă, bunăoară, am admite că retroactivitatea nulității actului juridic este o ficțiune²²⁷, respingerea retroactivității în unele situații, conservând realitatea de fapt anterioară, ar demonstra tocmai limitele ficțiunilor impuse de realitate (bunăoară, în cazul nulității căsătoriei²²⁸ sau al nulității

²²⁵ Diferența de cel puțin 18 ani între adoptatori și adoptat, prevăzută de art. 9 alin. (1) din Legea nr. 273/2004 („Monitorul Oficial al României”, nr. 557 din 23 iunie 2004) exprimă, poate, înclinația legiuitorului spre «imitarea naturii» – *fictio ergo imitatur naturam; fictio non potest operari plus quam veritas*. Pe larg asupra adopției, a se vedea *infra*, nr. 45.

²²⁶ Considerăm că tocmai pentru evitarea unor situații, practic imposibile, art. 9 alin. (2) din Legea nr. 273/2004 a prevăzut că „pentru motive temeinice, instanța judecătorească va putea încuviința adopția, chiar dacă diferența de vârstă între adoptat și adoptatori este mai mică de 18 ani, dar în nici o situație mai puțin de 15 ani”. În orice caz, în ce ne privește, considerăm că practica unor instanțe franceze care, izolat, au admis adopția între concubini sau între cupluri homosexuale, chiar de aceeași vârstă, se află în pragul monstruoziităților juridice. Pentru unele repere, a se vedea A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 320, nota de sub nr. 5.

²²⁷ A se vedea însă *infra*, nr. 75.

²²⁸ Cum s-a spus, „elanul destructiv al nulității este temperat sau chiar zădărnicit, atât sub aspect subiectiv – al persoanelor expuse acțiunii nulității –, cât și sub aspect obiectiv – al raporturilor juridice născute în baza actului căsătoriei – din rațiuni care pun în discuție fundamentul funcției represive a nulității” (E. Florian, Dreptul familiei, Ed. „Limes”, Cluj-Napoca, 2003, p. 65, 66.) Într-adevăr, din motive ce se sprijină pe ele însele, legea a instituit două excepții de la regula desființării retroactive a efectelor căsătoriei: situația copiilor rezultați din căsătoria nulă sau anulată – art. 23 alin. (2) C. fam.; căsătoria putativă – art. 23 alin. (1) C. fam. Articolul 233

contractului de muncă²²⁹). Faptele indenabile sau cel puțin unele dintre acestea nu pot fi înlăturate prin ficțiuni. Realismul dreptului face uneori ca ficțiunea să cedeze în fața unei «realități de fapt».

a) Problema care stăruie se înscrie însă pe un alt plan: limitele ficțiunilor în raport cu «realitatea juridică». Două tendințe, extreme, s-au manifestat în acest sens.²³⁰ Întrucât ficțiunile sunt «excepții», «derogări», ele nu sunt susceptibile de aplicare prin analogie sau prin extrapolare²³¹. Dimpotrivă, ficțiunile pot fi întrebuintate,

alin. (1) din proiectul Codului civil precizează, cât privește căsătoria putativă, că „soțul care a fost de bună-credință la încheierea căsătoriei lovite de nulitate păstrează, până la data când hotărârea judecătorească rămâne irevocabilă, situația unui soț dintr-o căsătorie valabilă”. Articolul 234 din același cod precizează, de asemenea, că „nulitatea căsătoriei nu are nici un efect în privința copiilor, care păstrează situația de copii din căsătorie”, iar în ceea ce privește drepturile și obligațiile dintre părinți și copii „se aplică, prin asemănare, dispozițiile privitoare la divorț”. Mai mult însă, în noua lege civilă se prevăd două cazuri de confirmare sau acoperire a „nulității absolute a căsătoriei”: „Căsătoria încheiată de minorul care nu a împlinit vârsta de 16 ani este lovită de nulitate absolută. Cu toate acestea, nulitatea se acoperă dacă, între timp, acesta a împlinit vârsta de 18 ani sau dacă soția a născut ori a rămas însărcinată” – art. 224; „Căsătoria fictivă este lovită de nulitate absolută, afară de cazul în care, între timp, a intervenit conviețuirea soților sau au trecut doi ani de la încheierea căsătoriei” – art. 225. În ambele situații, nulitatea absolută se acoperă în considerarea unor împrejurări de fapt, «realitatea materială» prevalând față de «realitatea juridică». Dar astfel este implicit reconsiderată distincția dintre nulitatea absolută și nulitatea relativă sub aspectul regimului lor juridic, distincție tradițional profesată.

²²⁹ Deși art. 57 alin. (5) C. muncii, pentru ipoteza nulității contractului individual de muncă, se referă numai la remunerarea muncii prestate în temeiul unui contract nul, trebuie admis că, în situația în care se recunoaște, chiar parțial, dreptul la plata salariului, urmează a se recunoaște și statutul de salariat al persoanei respective, astfel cum este stabilit de legislația muncii, cu toate efectele acestuia (I.Tr. Ștefănescu, Tratat de dreptul muncii, vol. I, Ed. „Lumina Lex”, București, 2003, p. 387).

²³⁰ A se vedea A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 328 și urm.

²³¹ A se vedea: A.C. Angelesco, La technique législative en matière de codification civile, Paris, 1930, p. 687, 688; L. Lecocq, De la fiction

inclusiv prin analogie sau prin extrapolare, în pofida a ceea ce juridic este posibil sau, după caz, imposibil²³².

În ce ne privește, am face următoarele precizări: ficțiunile nu sunt «excepții», în sensul tehnic al acestui termen, așa încât ele nu sunt guvernate de adagiul, transformat el însuși, pe cale pretoriană, într-o regulă de drept, *exceptio est strictissimae interpretationis*; totuși, în *principiu*, ceea ce «material» nu este posibil, sfidând «natura lucrurilor», nu este posibil nici «juridic»; o ficțiune juridică – regulă de drept, esențialmente nu se deosebește de o regulă de drept nonficțională, așa încât, în limitele compatibilității, poate fi aplicată prin analogie sau extrapolare. Mai mult chiar, s-a admis «ficțiunea la ficțiune», posibilitatea deci de a stabili o a doua ficțiune, pornind de la o primă ficțiune²³³. Bunăoară, în cazul unui mandat *post mortem*, o ficțiune de reprezentare este pusă în operă, pornind de la o altă ficțiune, constând în continuarea personalității juridice a lui *de cuius* de către moștenitorii săi²³⁴.

comme procédée juridique, Paris, 1914, p. 244; R. Houin, Rapport, în „Le problème des fictions en droit civil”, Travaux de l'Association H. Capitant, 1947, p. 235 și urm.

²³² Pentru argumente și exemplificări, a se vedea A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 340 și urm. Considerăm însă că unele dintre exemplele oferite rămân discutabile: fie pentru că ele sunt prezumții, nu ficțiuni (de exemplu, dispozițiile art. 1014 din Codul civil francez, potrivit cărora condiția este „reputată” ca îndeplinită, aplicate în practică și creditorului care a împiedicat realizarea condiției suspensive sau aplicate și condiției rezolutorii), fie pentru că, deși nu sunt prezumții, nu sunt nici ficțiuni (de exemplu, imobilizarea unui bun prin destinație, extinsă și la situația unor exploatare comerciale, neprevăzute însă de art. 524 din Codul civil francez).

²³³ A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 332 și urm. Exemplul dat anterior, prin referire la art. 225 din proiectul Codului civil, ar putea fi reluat: nulitatea absolută a căsătoriei fictive este acoperită printr-o altă ficțiune juridică – simpla împrejurare de fapt.

²³⁴ Într-un sens apropiat, dar, desigur, în alte coordonate, s-ar putea evoca adopția *post mortem*, reglementată de art. 353 alin. (3) din Codul civil francez, cererea putând fi prezentată de soțul supraviețuitor în numele celui decedat sau de moștenitorii acestuia, precum și adopția copilului decedat, reglementată de art. 353 alin. (4) din Codul civil francez. În

b) Ficțiunile juridice sunt limitate și prin *finalitatea* lor. „Ficțiunea legală, considerată ca atare – ca procedeu artificial de exprimare a dreptului – comportă cu siguranță o interpretare restrictivă; ideea rațională pe care ea o exprimă, atât cât este posibil, își conservă propria valoare și trebuie, tocmai de aceasta, să fie înțeleasă cu o favoare proporțională ei însăși”²³⁵. În funcție însă de scopul urmărit prin mijlocirea unei ficțiuni se va putea aprecia dacă aplicarea ei trebuie să fie restrictivă sau, dimpotrivă, aplicarea poate fi extinsă și la alte situații similare. Altfel spus, este posibil ca scopul ficțiunii să fie mai larg decât ficțiunea însăși și atunci devine admisibilă preluarea ei și în alte ipoteze decât aceea unde a fost consacrată. Dacă, de exemplu, în considerarea bunei-credințe sau din considerente de echitate, legiuitorul a înțeles să consacre o ficțiune juridică, în limitele compatibilității cu alte situații asemănătoare celei reglementate, regula ficțională va putea fi extinsă în aplicare²³⁶. Chiar indiferent de asemenea considerente, prin

ambele situații, adopția producând numai efecte extrapatrimoniale (Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției nu reglementează aceste ipoteze, deși considerăm că ar fi fost necesar, decesul celui care urma să adopte sau al celui care urma să fie adoptat putându-se produce chiar în timpul procedurii de încuviințare a adopției de către instanța judecătorească).

²³⁵ Fr. Gény, Science et technique en droit privé positif, cit. *supra*, t. 3, p. 435, 436.

²³⁶ Exemplul oferit de A.-M. Leroyer (op. cit., p. 371), invocând ficțiunea retroactivității partajului, rămâne discutabil, nefiind o ficțiune (a se vedea *infra*, nr. 73). S-a spus că jurisprudența, valorizând toate consecințele retroactivității, a subordonat soarta unor acte sau fapte săvârșite numai de către unul dintre indivizari rezultatelor partajului. Această soluție a fost acreditată și în doctrina și jurisprudența noastră: actul juridic de înstrăinare încheiat de un coproprietar fără consimțământul celorlalți coproprietari este recunoscut ca valabil, sub condiția rezolutorie ca bunul să nu cadă la partaj în lotul altui coproprietar, ci în acela al coproprietarului vânzător (C. Bîrsan, Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. ALL Beck, București, 2001, nr. 192; I. Adam, Drept civil. Drepturile reale, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 461; C.S.J., secția civilă, decizia nr. 1336/1992, în „Dreptul”, 1993, nr. 2, p. 71; decizia nr. 322/1993, în „Dreptul”, 1993, nr. 12, p. 87; decizia nr. 2057/1993, în „Dreptul”, 1994,

evocarea finalității reglementării, considerată ca «specială», «derogatorie», ea a putut fi convertită într-un principiu general. Bunăoară, din dispozițiile art. 1685 C. civ. s-ar deduce că gajul presupune remiterea lucrului și că el nu vizează și lucrurile viitoare. Totuși, izolat, doctrina și jurisprudența au admis ipoteza gajului fără depozitare, dacă „legi speciale” permit o asemenea formă de gaj²³⁷. Considerăm că, chiar în lipsa unor reglementări speciale și chiar în lipsa unei dispoziții de principiu²³⁸, gajul fără depozitare era admisibil, pe baza libertății convențiilor, gajul însuși dobândind astfel un caracter consensual. De asemenea, chiar în lipsa unor reglementări speciale și chiar în lipsa unei dispoziții de principiu în materia garanțiilor reale mobiliare²³⁹, pe temeiul art. 965 alin. (1) C. civ. – „lucrurile viitoare pot fi obiectul obligației” – gajarea unui bun viitor era admisibilă²⁴⁰. Din asemenea situații

nr. 9, p. 84). Repetăm însă că efectul declarativ al partajului nu e o ficțiune, ci o realitate decurgând din natura proprie partajului și, oricum, ficțiunea retroactivității, care trebuie disociată de efectul declarativ, este inadmisibilă: implicit, astfel se recunoaște efectul translativ al partajului; nulitatea actului îndeplinit numai de către unul dintre coindivizari nu-și are fundamentul în retroactivitate, ci în lipsa de putere a autorului actului (L. Boyer, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 402).

²³⁷ L. Pop, *Teoria generală a obligațiilor*, cit. *supra*, p. 430; I. Dogaru, P. Drăghici, *Teoria generală a obligațiilor*, cit. *supra*, p. 528, 529. Invocând prevederile art. 480 C. com., acum abrogate de art. 105 din Legea nr. 99/1999, dar interpretându-le într-un sens mai larg, corespunzător cu scopul lor, o instanță, judicios, a considerat că bunul gajat poate rămâne și în custodia debitorului, care exercită asupra bunului o posesie afectată de viciul precarității, o detenție cu titlu precar (C.A. Galați, secția comercială, decizia nr. 79/A din 5 martie 1997, nepublicată).

²³⁸ Articolul 9 din titlul VI al Legii nr. 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice („Monitorul Oficial al României”, nr. 236 din 27 mai 1999).

²³⁹ Articolele 16-18 din titlul VI al Legii nr. 99/1999.

²⁴⁰ Comparativ, a se vedea: J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin*, *Droit commun des sûretés réelles*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, nr. 321.

s-ar putea deduce un drept de retenție corespunzător unei posesiuni fictive.

În raport deci cu finalitatea ficțiunii juridice, efectele acesteia pot fi extinse și pentru alte situații, dacă ele pot fi subsumate aceleiași finalități. Bunăoară, pe temeiul ficțiunii continuării personalității defunctului, în principiu, moștenitorii sunt obligați *ultra vires*, garantând astfel menținerea unității patrimoniului. Interpretând această ficțiune prin scopul ei, este justificată concluzia că regula se aplică tuturor succesorilor universali, inclusiv celor nesezinari²⁴¹.

O problemă controversată și, de altfel, complexă a rămas aceea a răspunderii penale a persoanei juridice în formare, lichidare sau transformare, dacă, bineînțeles, admitem ipoteza retroactivității sau a ultraactivității acesteia. Indiferent de soluțiile adoptate în diferite sisteme legislative și jurisprudențiale²⁴², pot fi reținute elemente ficționale chiar în sistemul argumentativ al soluțiilor preconizate: viitoarea societate este prelungirea, continuarea societății aflate în formare; judecătorul poate asimila o persoană juridică în formare cu o persoană juridică formată²⁴³; succesorii persoanei juridice dispărute trebuie asimilați succesorilor persoanei fizice, lor revenindu-le și răspunderea pentru infracțiunea săvârșită de persoana juridică.

Uneori, ficțiunile sunt limitate prin finalități de *politică juridică*, indiferent dacă ele sunt legale sau jurisprudențiale.

Dacă justiția și securitatea juridică sunt cele două finalități de politică juridică în măsură să justifice existența unor ficțiuni juridice, tot aceste finalități le limitează existența sau eficacitatea.

Astfel, în dreptul comun, uneori, echitatea și buna-credință sunt obstacole în calea ficțiunilor. În exemplul ce urmează, anume ales,

²⁴¹ D. Alexandresco, op. cit., III, 2, p. 343, nota de sub nr. 2; M.B. Cantacuzino, op. cit., nr. 397; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit., vol. III, nr. 666; D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, cit. *supra*, nr. 597.

²⁴² Pe larg, a se vedea Fl. Streteanu, R. Chiriță, *Răspunderea penală a persoanei juridice*, Ed. „Rosetti”, București, 2002, p. 105 și urm.

²⁴³ Articolul 4 alin. (3) din Codul penal belgian recurge el însuși la o asemenea asimilare.

o ficțiune juridică se opune alteia sau îi restrânge efectele. *De lege lata* nu există o reglementare de principiu a nulității actului juridic civil și nici cu privire la efectele pe care le antrenează nulitatea, așa încât și în acest domeniu evocarea unui adagiu complinește inexistența normei generale: *quod nullum est nullum producit effectum*; și nu numai pentru viitor, când nulitatea este pronunțată înaintea oricărei executări, ci și pentru trecut, când nulitatea este pronunțată după executare, în această din urmă situație «retroactivitatea» dobândind sens prin restabilirea situației anterioare încheierii contractului. În raporturile dintre părți, fiecare are dreptul la „repetițiunea” prestației făcute. Totuși, în considerarea interesului general, alte două adagii exclud „repetiția”: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans; in pari causa turpitudinis, cessat repetitio*.²⁴⁴ Unele limite cât privește caracterul retroactiv al anulării sunt sau au fost admise în considerarea ocrotirii intereselor uneia dintre părți: dobândirea fructelor de către posesorul de bună-credință – art. 485 C. civ.; *restitutio in integrum* nu operează în cazul incapabilului, care este ținut să restituie prestațiile primite numai în măsura îmbogățirii sale – art. 1164 C. civ. Chiar în privința terților, față de care operează principiul *rezoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*, în considerarea bunei-credințe a subdobânditorului unui bun cu titlu oneros sau pentru asigurarea stabilității circuitului civil, sunt admise unele excepții – art. 1909 alin. (1) C. civ., coroborat cu art. 972 C. civ.; art. 20 alin. (2) din Decretul nr. 31/1954. Unele principii de drept, neconsacrate însă ca atare, ca reguli generale, înlătură totuși regula *quod nullum est, nullum producit effectum*: principiul conversiunii actului juridic, pe temeiul regulii de interpretare statornicită de art. 978 C. civ. – *actus interpretandus est potius ut valeat, quam ut pereat*²⁴⁵;

²⁴⁴ Pentru dezvoltări, a se vedea *infra*, nr. 57.8. Cât privește avantajele, dar și dezavantajele celor două adagii, a se vedea J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, Droit civil. Les obligations, 1, L'acte juridique, 9^e éd., Armand Colin, 2000, nr. 371.

²⁴⁵ Gh. Beleiu, Drept civil român, ed. a VIII-a, revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă, Ed. „Universul Juridic”, București, 2003, p. 234, 235.

principiul *error communis facit ius*; principiul răspunderii civile delictuale, în ce-l privește pe incapabilul minor – art. 1159 C. civ.

18.2. Limitele absolute ale ficțiunilor juridice semnifică de fapt înlăturarea acestora. Dacă, într-o primă perioadă, oponenta doctrinei față de ficțiunile juridice era categorică, ulterior ele au fost admise, dar numai sub titlu tranzitoriu, până la tranșarea ipotezei ficționale prin voința legiuitorului²⁴⁶. S-a considerat, dimpotrivă, că nu există nici un interes teoretic sau practic evident pentru eliminarea ficțiunilor fără rezerve²⁴⁷. În ce ne privește, ne atașăm acestui din urmă punct de vedere, ficțiunile juridice fiind necesare dreptului, într-o măsură rezonabilă desigur, cum sunt necesare celelalte procedee tehnice din arsenalul acestuia, ficțiunile îndeplinind cel puțin o funcție «corectivă» în raport cu normele juridice existente, ținând seama de dinamica raporturilor juridice. Nu mai puțin însă, unele ficțiuni juridice pot și trebuie să fie eliminate, atunci când ele implică serioase inconveniente, îndeosebi când ele însele sunt o cauză a „sclerozării dreptului”²⁴⁸. Procesul eliminării ficțiunilor se poate realiza fie pe calea redefinirii calificărilor originare, ficțiunea devenind astfel «realitate juridică», fie prin substituirea realității unei ficțiuni care o neagă sau o deformează ori o consacră, deși nu există.

De exemplu, ficțiunea persoanei juridice a devenit o realitate concretă²⁴⁹ prin aprofundarea și redimensionarea categoriei juridice de «subiect de drept». În raport cu noțiunea juridică de filiație, având la fundamentul ei legătura de sânge, adopția poate fi consi-

²⁴⁶ J. Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé, Sirey-Bruylant, 1935, p. 275 și urm.; R. Dekkers, La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé, Paris, Sirey, 1935, p. 117 și urm.; Fr. Gény, Science et technique en droit privé positif, t. 3, Paris, Sirey, 1921, nr. 240 și urm., p. 360 și urm. În sensul eliminării sistematice a procedurii ficțiunilor, a se vedea, de asemenea, G. Wicker, Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, cit. *supra*, nr. 4.

²⁴⁷ A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 434 și urm.

²⁴⁸ *Ibidem*, nr. 435.

²⁴⁹ A se vedea *infra*, nr. 66, 67.

derată o ficțiune²⁵⁰. Această concepție, exprimând o anume ideologie, poate fi reconsiderată. Și a fost sau încă este reconsiderată, progresiv, prin cristalizarea legislativă a «legitimării adoptive», astfel încât «legitimitatea» unui copil să nu mai fie esențial dependentă de căsătoria părinților săi, copilul «legitim» să fie asimilat deplin cu cel «legitim». Din perspectiva concepției clasice, numai acela este ținut de o obligație care și-a asumat-o prin proprie voință, așa încât reprezentarea într-un act juridic nu ar fi decât o ficțiune. „Doctrina modernă – de tip socializant – a renunțat la ideea ficțiunii, încercând să explice reprezentarea [«convențională», n.n.] doar prin acordarea unei importanțe sporite manifestării de voință a reprezentantului”²⁵¹. Nu este locul să stăruim, ci doar să precizăm că doctrina actuală repudiază analiza reprezentării convenționale ca ficțiune²⁵².

Realitatea însăși se substituie uneori ficțiunii. Câteva exemple.

Principiul unicității patrimoniului s-a dovedit a fi în contradicție cu realitatea. Acreditarea unei concepții moderne cu privire la patrimoniu, având la bază ideea de «afecțiune», a condus implicit la înlăturarea diferitelor ficțiuni care aveau ca sursă principiul unicității. Cu alte cuvinte, din perspectiva teoriei personaliste a patrimoniului, o persoană nu putea avea decât un singur patrimoniu; aceasta fiind o piedică în calea evoluției vieții comerciale, a apărut ideea depersonalizării patrimoniului, cristalizată în

²⁵⁰ Pe larg, a se vedea *infra*, nr. 45.

²⁵¹ P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie a actului de drept privat*, Ed. „Rosetti”, București, 2003, p. 207, împreună, desigur, cu ampla și substanțială argumentare. A se vedea și *infra*, nr. 68, 69.

²⁵² A se vedea, bunăoară: R. Dekkers, *Les fictions juridiques*, cit. *supra*, nr. 362; M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, nr. 88, 127; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 5^e éd., Dalloz, 1993, nr. 171; J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 2^e éd., avec le concours de Ch. Jamin, M. Billiau, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, nr. 565 și urm.; A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 443; P. Vasilescu, op. cit., p. 207 și urm.

teoria patrimoniului de afectățune sau a patrimoniului-scop. Mai târziu, ideea de afectățune a devenit temeiul recunoașterii divizibilității patrimoniului în mai multe mase de bunuri cu regimuri juridice distincte²⁵³. În lipsa unei concepții adecvate cu privire la patrimoniu a trebuit să se recurgă la diferite ficțiuni pentru a procura o explicație diverselor situații reale contrare teoriei clasice asupra patrimoniului. De exemplu, cât privește mecanismul rezervei succesoriale, separația de patrimonii, acceptarea moștenirii sub beneficiu de inventar, relativa autonomie activă și autonomie pasivă a bunurilor indivize etc.²⁵⁴ Diverse tehnici societare au și ele ca fundament explicativ ideea de afectățune. De exemplu, societatea în nume colectiv, cum rezultă din prevederile art. 229 din Legea nr. 31/1990 republicată²⁵⁵, se dizolvă dacă numărul asociaților s-a redus la unul singur și dacă nu există o clauză în actul constitutiv de continuare cu moștenitorii ori dacă asociatul rămas nu hotărăște continuarea existenței societății sub forma societății cu răspundere limitată cu asociat unic²⁵⁶.

²⁵³ Mai pe larg, a se vedea: V. Stoica, *Noțiunea juridică de patrimoniu*, în „Culegere de studii”, „Pandectele Române”, Ed. „Rosetti”, București, 2003, p. 179, 180, 192-194; *Idem*, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. I, Ed. „Humanitas”, București, 2004, p. 57 și urm. Această concepție se reflectă în codurile civile moderne: „Orice persoană este titulara unui patrimoniu. Acesta poate face obiectul unei divizări sau unei afectățuni, dar numai în măsura prevăzută de lege” – art. 2 din Codul civil din Quebec (Code civil du Québec. Civil Code of Québec, Boudouin-Renaud, 2002-2003, W & L.) Articolul 19 din proiectul Codului civil a preluat formularea: „(1) Orice persoană fizică sau persoană juridică este titulară a unui patrimoniu. (2) Acesta poate face obiectul unei diviziuni sau afectățuni, însă numai în condițiile prevăzute de lege”.

²⁵⁴ Pe larg, a se vedea S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, nr. 166, 173.

²⁵⁵ Legea nr. 31/1990 a fost republicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 1066 din 17 noiembrie 2004.

²⁵⁶ Pentru multe alte exemple, a se vedea A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 451 și urm., între care: inutilitatea ficțiunii continuării persoanei defunctului pentru a justifica transmisibilitatea pasivă cu titlu universal a

Pe un plan diferit, admiterea într-o anumită măsură a flexibilității principiului autonomiei de voință permite eliminarea unora dintre ficțiunile ce-i sunt atașate. De exemplu, privilegiile speciale mobiliare au fost uneori întemeiate pe ideea de gaj tacit; acest fundament poate fi însă abandonat, înlăturându-se astfel o ficțiune, pentru a admite că aceste garanții constau în afectarea legală a bunurilor mobile plății creanței, în considerarea faptului că mobilele, obiect al garanției, se află într-o legătură de conexitate cu creanța²⁵⁷, privilegiul chiriilor și arenzilor – art. 1730 pct. 1 C. civ., privilegiul hangului – art. 1730 pct. 6 C. civ., privilegiul cărăușului – art. 1730 pct. 7 C. civ. Uneori, fără a fi necesar să se deformeze conceptul de contract, pentru a ajunge la același rezultat se poate recurge la mecanismul gestiunii de afaceri²⁵⁸. În materie contractuală, pentru a se elimina ficțiunea voinței, lacunele contractului pot fi complinite, invocându-se prevederile art. 970 alin. (2) C. civ., potrivit cărora convențiile „obligă nu numai la ceea ce este expres într-însese, dar la toate urmările ce echitatea, obiceiul sau legea dă obligației, după natura sa”.²⁵⁹ Din perspectiva aceluiași prevederi, fără a fi necesară invocarea fictivă a voinței părților, se pot introduce în contracte obligațiile accesorii, constând în obligația de securitate și obligația de informare²⁶⁰. Tot pe baza

drepturilor și obligațiilor cu caracter patrimonial, joncțiunea posesiilor, obligația *ultra vires successionis*; inutilitatea ficțiunii retroactivității condiției în scopul validării clauzei de acrescământ sau a legatelor *de residuo*.

²⁵⁷ H., L., J. Mazeaud, *Leçons de droit civil. Sûretés. Publicité foncière*, 6^e éd., Montchrestien, 1988, par V. Ranouil, F. Chabas, nr. 64, p. 188 *in fine*.

²⁵⁸ A se vedea F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 5^e éd., Précis Dalloz, 1993, nr. 118, p. 99 *in fine*.

²⁵⁹ În acest sens, cu referire la art. 1134 alin. (3) și la art. 1135 din Codul civil francez, a se vedea G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, cit. *supra*, p. 25 și urm.

²⁶⁰ A se vedea, bunăoară, M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préface J. Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, nr. 436 și urm., autorul invocând buna-credință.

principiului bune-credințe, fără a fi necesar să se recurgă la unele ficțiuni, precum dolul fără element intențional, instanța va putea sancționa obligația precontractuală de informare²⁶¹.

În ce ne privește, am considerat și considerăm că nu există considerente legislative sau de oportunitate suficiente pentru a respinge «categoric» ideea rezilierii sau a revizuirii – și mai ales a revizuirii – clauzelor contractuale în situație de impreviziune, obligând debitorul la ceea ce nu a prevăzut și nu putea să prevadă, fără a fi necesar să se recurgă în acest scop la ficțiuni²⁶². Ficțiunile atașate ideii că responsabilitatea nu poate fi decât subiectivă și individuală au fost și sunt înlăturate prin recunoașterea și a unor ipoteze de responsabilitate obiectivă sau colectivă, chiar prin substituirea unui sistem de indemnizații celui de responsabilitate. Prezumțiile irefragabile de culpă au fost înlăturate, în materia responsabilității pentru fapta lucrului, prin recunoașterea fundamentului obiectiv al acestei responsabilități. „Din moment ce se admite flexibilitatea principiilor autonomiei de voință și a responsabilității subiective și individuale, se ajunge la concluzia inutilității ficțiunilor. Menținerea unor ficțiuni prezintă gravul inconvenient de a refuza să se ia act de evoluția dreptului contractelor și a responsabilității civile în raport cu nevoile practice (...) Într-o manieră generală, eliminarea însă a ficțiunilor nu este de dorit decât dacă menținerea lor conduce la perenitatea unor ideologii depășite”²⁶³. Departamentul de a considera că un drept „garnisit” cu ficțiuni este un drept „mangosit și conservator”; dimpotrivă, dreptul care apelează la ficțiuni, într-o măsură rezonabilă desigur și sub semnul necesității, este „un drept flexibil, care aspiră la justiție, asigurând totodată securitatea juridică”²⁶⁴.

Procedul ficțiunilor este imanent oricărui sistem juridic.

²⁶¹ Pentru jurisprudență în acest sens, a se vedea A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 462, *in fine*, împreună cu notele de sub nr. 1 și 2.

²⁶² Pe larg, a se vedea I. Deleanu, S. Deleanu, *Considerații cu privire la clauza penală*, în „Culegere de studii”, „Pandectele Române”, Ed. „Rosetti”, București, 2003, p. 130-134.

²⁶³ A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 470, 471.

²⁶⁴ *Ibidem*, nr. 479.

Secțiunea a 2-a Prezumțiile juridice

19. Justificare preliminară. Nu numai interferențele dintre ficțiuni și prezumții, dar chiar suprapunerea unora dintre prezumțiile legale cu ficțiunile justifică, credem, măcar schițarea temei prezumțiilor, pentru a înlesni astfel și înțelegerea unora dintre ficțiunile juridice, considerate îndeobște prezumții legale irefragabile.

20. Conotația termenului «prezumție»²⁶⁵. Constituindu-ne ca reper sensul etimologic latin – *presumptio*, adică *proe* și *sumere* –,

²⁶⁵ În legătură cu semnificațiile atribuite termenului «prezumție», a se vedea, bunăoară: Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E. Story-Scientia, Paris-Bruxelles, 1988, p. 313-315; *Fr. Gény*, Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, 4 vol., 2^e éd., t. III, p. 268 și urm.; *J. Dabin*, La technique d'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, Paris, Bruylant-Sirey, 1935, p. 275 și urm.; *Al.C. Angelesco*, La technique législative en matière de codification civile, Paris, 1930, p. 662-680; Les présomptions et les fictions en droit, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, Bruylant, 1974, *passim*; *R. Decottignies*, Les présomption en droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, *passim*; *J. Ghestin*, *G. Goubeaux*, Traité de droit civil. Introduction générale, 4^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, nr. 717 și urm.; *Chr. Larroumet*, Droit civil. Introduction à l'étude du droit, Economica, 2^e éd., 1995, nr. 551 și urm.; *Ph. Malaurie*, *L. Aynès*, Cours de droit civil. Introduction à l'étude du droit, 2^e éd., Cujas, 1994, nr. 328 și urm.; *H.L. Mazeaud*, *F. Chabas*, Leçons du droit civil. Introduction à l'étude du droit, 11^e éd., Montchrestien, 1996, nr. 378 și urm.; *B. Starck*, Introduction en droit, par H. Roland, L. Boyer, 4^e éd., Litec, 1996, nr. 1530 și urm., nr. 1634 și urm.; *Al. Weill*, *Fr. Terré*, Droit civil. Introduction générale, 4^e éd., Dalloz, 1979, nr. 418 și urm.; *J. Dupichot*, Contrats et obligations. Présomptions, refondu par D. Guéval, în „Éditions du Juris-Classeur”, 1977, art. 1349 à 1353, civil, fasc. 10, nr. 1 și urm.; Présomptions, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VIII, nr. 1-99; *D. Alexandresco*, Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil în comparațiune cu legile vechi și cu principalele

prezumția evocă considerarea unui lucru ca adevărat – *sumit pro vero, habet pro vero* – înainte de a se fi făcut probarea lui – *proe, id est antequam aliunde probetur*. Făcând deci abstracție de analogiile și sinonimiile livrești ori demonstrând stări afective – aroganța, suficiența, fatuitatea, prețiozitatea, ostentația, suspiciunea etc. – prezumția se înscrie în spațiul semantic al presupunerii, ipotezei, inducției, deducției etc., împrumutând câte ceva de la fiecare, dar și detașându-se de fiecare în parte.

În această textură semantică, prezumția ar putea însemna: admiterea în mod probabil și provizoriu că un lucru este posibil, real, adevărat; enunțul luat ca premisă pentru întemeierea altor enunțuri; enunțul făcut pe baza unor fapte cunoscute cu privire la anumite fenomene sau cu privire la conexiunile dintre ele, care nu pot fi observate direct, ori în legătură cu esența fenomenelor, cauza acestora, mecanismul lor intern de explozie sau implozie, de dezvoltare sau de regres; presupunere provizorie, formulată pe baza datelor experimentale existente la un moment dat sau pe baza intuiției; capacitatea conștiinței de a descoperi pe cale rațională esența ori sensul unei probleme sau al unui obiect; formă de raționament în care gândirea se mișcă exclusiv pe planul conceptelor, concluzia derivând ineluctabil din premise; desprinderea diferenței specifice din genul proxim, printr-o judecată de la general la particular etc.

legislațiuni străine, t. VIII, „Tipografia Națională”, Iași, 1901, p. 304 și urm.; *A. Ionașcu*, Probele în procesul civil, Ed. Științifică, București, 1969, p. 284 și urm.; *A.M. Naschitz*, Teorie și tehnică în procesul de creare a dreptului, Ed. Academiei, București, 1969, p. 277 și urm.; *I. Deleanu*, *V. Mărgineanu*, Prezumțiile în drept, Ed. „Dacia”, Cluj-Napoca, 1981, p. 9 și urm.; *V.D. Zlătescu*, Introducere în logica formală, București, 1995, p. 140 și urm.; *I. Vida*, Manual de logică formală, Ed. „Lumina Lex”, București, 2000, p. 83 și urm. La alte lucrări ne vom referi punctual în cuprinsul demersului.

Este un raționament anticipativ – inductiv și deductiv²⁶⁶ – care «urcă» de la un fapt cunoscut spre unul necunoscut, iar apoi «coboră» spre faptul concret, determinat, ce își așteaptă evaluarea și calificarea. În orice caz, preluând observația lui Ihering, „nu este o operațiune în linie dreaptă”, ci, în exprimarea doctrinei franceze, „un *détour par le principe*”. În principiu, adică abstracție făcând de prezumțiile irefragabile sau de unele dintre aceste prezumții, într-un astfel de raționament n-ar trebui să-și găsească loc arbitrarul: pornind de la faptul cunoscut, se va admite „cea mai probabilă ipoteză” – *praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*, cum a spus Cuiacius.

21. Probabilitatea – temeiul prezumțiilor. Prezumțiile sunt conjecțiuni întemeiate pe probabilitate²⁶⁷.

Fără temei probabilistic nu există prezumție și primele definiții ale prezumției au evocat tocmai acest suport al supoziției sau această «cauză» a întemeierii ei: „*ratiocinatio sumpta a verisimili*”; „*probabilis coniectura ex certo signo proveniens quae alio non deducta pro veritate habetur*”; „*coniecturae ex signo verisimili ad*

²⁶⁶ O parte a doctrinei a considerat că la fundamentul prezumției se află un raționament inductiv (bunăoară: C. Aubry, C. Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de C. Zachariae, éd. IV-a, t. XII, parag. 799; Fr. Gény, op. cit., p. 268, nota de sub nr. 4). O altă parte a doctrinei a considerat, dimpotrivă, că operează un raționament deductiv (de exemplu M. Planiol, G. Ripert, Traité élémentaire de droit civil, 11^e éd., t. II, nr. 12, nota de sub nr. 2). Doctrina anglo-americană, mai pragmatică, s-a declarat indiferentă față de forma raționamentului. În sensul combinării metodei inductive cu cea deductivă, a se vedea R. Decottignies, op. cit., nr. 2, p. 11. Poate că, într-adevăr, este o „discuție pură de cuvinte” – cum spunea Decottignies. Totuși, ne îngăduim câteva simple și sumare adnotări: judecata exprimată printr-o propoziție «deductivă» este una *a priori* de tipul adevărilor din geometrie, iar în cazul în care astfel de adevăruri ne lipsesc, justetea propoziției se va dovedi *a posteriori*, printr-o inferență de la ipoteze singulare spre concluzii generale; spre deosebire de inferențele deductive, inferențele «inductive» nu sunt niciodată sigure, așa încât discutabile rămân cel puțin prezumțiile legale irefragabile.

²⁶⁷ D. Alexandresco, op. cit., p. 305.

probandum assumptae vel opiniones de re incerta penitus probata”; „*probatio artificialis, veresimilis, credibilis in qua ex aliquibus positis veresimiliter atque ita probabiliter non autem necessario sequitur quod intendimus*” ș.a.m.d.

Probabilitatea este un set de funcții non-negativ și aditiv a cărui valoare maximă este unitatea. Dificultatea înțelegerii începe însă odată cu încercarea de a aplica noțiunea formală a probabilității la lumea reală²⁶⁸, ajungând inevitabil la celebra remarcă a lui Keynes: „pe termen lung, suntem cu toții muritori”.

Chiar legea însă, prin dispozițiile art. 1203 C. civ., evocă ideea probabilității: judecătorul se poate pronunța întemeindu-se pe prezumții, dar numai dacă acestea au „*puterea de a naște probabilitate*”²⁶⁹. Ce e drept, probabilitatea este evocată în legătură cu prezumțiile judiciare, dar nu pentru că cele legale nu s-ar întemeia și ele pe probabilitate – pe precedente însumate «cantitativ» – ci pur și simplu pentru că, în cazul prezumțiilor legale, legiuitorul însuși a făcut evaluarea probabilității atunci când le-a consacrat ca atare.

Diversele grade de probabilitate implică un regim juridic diferit, atașat feluritelor prezumții, ceea ce rezultă de altfel din cuprinsul art. 1202-1203 C. civ. Cu alte cuvinte, probabilitatea este

²⁶⁸ Unul dintre aspectele aplicării este cel «statistic», postulând teoria frecvențială a probabilității; un alt aspect al aplicării îl constituie teoria confirmării formale și teoria probabilității-serie; în fine, un alt aspect al aplicării probabilității privește întrebuintarea pe care o au judecățile de probabilitate în determinarea încrederii pe care o avem în diferite așteptări (pe larg, a se vedea Dicționar de filosofie, de S. Blackburn, Oxford, traducere de C. Iricinschi, L. S. Kerestesz, L. Torres, M. Cyobar, Ed. „Universul enciclopedic”, București, 1999, p. 322, 287, 288). Toate aceste încercări de aplicare își au însă limitele lor, antrenând paradoxuri uneori insolubile.

²⁶⁹ Ni se pare că această sintagmă nu excelează printr-o logică impecabilă, fiindcă nu prezumția „naște probabilitatea”, ci tocmai invers, reluând termenii, probabilitatea „naște prezumția” sau prezumția se întemeiază pe o probabilitate preexistentă ori, în fine, cauza prezumției este un «certificat statistic».

elementul esențial al teoriei prezumțiilor, dar forța sa de captatie este variabilă, permițând adaptarea la diferite situații.

Criteriul probabilității, deși inevitabil, rămâne discutabil.

Întemeindu-se pe latura «cantitativă» a faptelor, dintr-un început probabilitatea este «văduvită» de suportul «calitativ» al acestora.

Exprimând raporturi de determinare de tip complex și neuni-voc, în care cauzele se împletesc cu condițiile, relațiile necesare se împletesc cu cele întâmplătoare, trecerea de la posibil la real este mediată de factori aleatorii, de un cerc larg de interacțiuni. Ori de câte ori ne întemeiem soluția pe un adevăr probabilistic trebuie să ținem seama de dialectica a cel puțin câteva categorii: stabilitatea și constanța condițiilor, structurarea corelată a relațiilor cauzale cu rețeaua celorlalte relații, varietatea și multitudinea posibilităților, însoțirea direcțiilor posibile de evoluție ale fenomenului dat de către alte direcții de evoluție, care nu întrunesc atributul necesității, relativitatea granițelor dintre posibil și imposibil, dintre necesar și întâmplător etc.

Probabilitatea dobândește valoare pentru cunoaștere numai atunci când este supus observării un număr mare de fapte de același fel, independente unul de celălalt. Dar urmărirea lor îndelungată și mai ales selecția a ceea ce este evident și comun sunt operațiunile cele mai anevoioase și mai complicate pentru a putea susține, în cele din urmă, decizia că frecvența realizată este suficientă și convingătoare.

Criteriul probabilității rămâne discutabil și sub alte aspecte: frontiera dintre «posibil» și «cert» este adeseori dificil de stabilit, mai ales că ambele domenii își au evoluția – sau involuția – lor, posibilul putând deveni certitudine, iar certitudinea putând deveni posibil; în cazul unei prezumții – regulă de drept, aproape ca în cazul ficțiunilor juridice, probabilitatea poate să nu prezinte interes, voința legiuitorului fiind factorul decisiv în consacrarea ei, ideea de «posibil» ajungând să fie vidată de sens²⁷⁰; dacă prezumția semnifică o opțiune anticipată asupra unei realități insuficient

cunoscute și, prin urmare îndoielnice²⁷¹, înseamnă că, în cele din urmă, cum remarca Gény, spulberarea îndoielii este rezultatul unui „act voluntar”, al unui „act de voință”²⁷², prin care, în prezența a două variante, se acordă preeminență uneia dintre ele²⁷³.

Categoria prezumțiilor juridice, îndeosebi a celor legale și *a fortiori* a celor irefragabile rămâne discutabilă și din perspectiva teoriei adevărului.

22. Prezumțiile și teoria adevărului. Teoria prezumțiilor «legale» și îndeosebi a celor irefragabile poate fi considerată și o teorie a adevărului preconstituit într-un limbaj specific – limbajul juridic.

Adevărul sau falsitatea par a fi singurele valori clasice, extreme și incompatibile, pe care le poate lua o afirmație, o propoziție sau un enunț. Afirmațiile pot fi adecvate sau inadecvate, dar adevărul este noțiunea normativă centrală care structurează aserțiunea.

Totuși, ambiguitățile pot să afecteze «limpezimea duală» a schemei clasice: adevăr sau falsitate²⁷⁴. Multe propoziții, inclusiv juridice și legale, sunt relativ ambigue sau relativ precise. Chiar și observațiile elementare admit totuși cazurile de graniță. „Cel mai bun tratament semantic al ambiguității nu este încă stabilit: printre probleme se numără modul corect de a rezolva paradoxul soriților și problema dacă logica clasică ar trebui modificată în direcția admiterii gradelor de adevăr care să corespundă gradelor de

²⁷¹ „Presumptio, dicta a dictione *prae*, id est ante, et sumptio, hoc est ante *sumptio* quia ante legitimas probationes aliquid sumit pro vero”; „coniectura seu *divinatio in rebus dubiis* collecta ex argumentis vel indiciis per rerum circumstantias frequenter evenientibus” s-a spus în unele definiții.

²⁷² *Fr. Gény*, op. cit., p. 265.

²⁷³ Această aserțiune implică îndepărtarea de empirism, în sensul căruia subiectul cunoașterii prin prezumții ar fi doar un interpret pasiv al unei prezumții care i se impune.

²⁷⁴ Oxford, Dicționar de filosofie, de *S. Blackburn*, traducere de C. Iricinschi, L. S. Kerestesz, L. Torres, M. Czobor, Ed. „Univers enciclopedic”, București, 1999, p. 13, 14.

²⁷⁰ *R. Decottignies*, op. cit., nr. 8.

ambiguitate”²⁷⁵. Apoi, presuposițiile pun în discuție principiul bivalenței din logica clasică, potrivit căruia o propoziție este fie adevărată, fie falsă.

Primul termen de referință în legătură cu conceptul de adevăr ne-a fost oferit de Aristotel în „Metafizica” sa: „A enunța că ceea ce este nu este sau că ceea ce nu este totuși este constituie o propoziție falsă; dimpotrivă, o enunțare adevărată este aceea prin care spui că este ceea ce este și nu este ceea ce nu este”. Stagiritul oferă astfel substanța pentru ceea ce s-a numit «*teoria adevărului-corespondență*». Ideea lui Aristotel, luată ca atare, este o „banalitate inofensivă”²⁷⁶. Teoria adevărului-corespondență susține însă că noțiunile de «corespondență» și de «fapt» pot fi elaborate în mod suficient pentru a face din această «banalitate» o teorie interesantă a adevărului. Totuși, adversarii obiectează, susținând că nu avem acces la fapte independent de enunțurile și opiniile pe care le adoptăm. „Nu putem să privim îndărătul nostru, pentru a ne compara opiniile cu o realitate accesibilă prin alte mijloace decât aceste opinii sau prin alte opinii”²⁷⁷.

Alte câteva teorii asupra adevărului s-au cristalizat de-a lungul timpului, fără a fi – nici ele – scutite de observații: *teoria adevărului ca limită ideală*, *teoria adevărului-redundanță*, *teoria adevărului-coerență*, *teoria pragmatistă*. Asupra acestor din urmă două teorii vom face sumare mențiuni.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 19. Apropos de «paradoxul sorților»: un fir de nisip nu este o grămadă, și pentru orice număr «n», dacă «n» fire de nisip nu sunt o grămadă, atunci adăugarea unui fir în plus nu face din acestea o grămadă. Acest paradox induce o tensiune între logica clasică și gândirea matematică, pe de o parte, și predicatele vagi ale limbajului natural, pe de altă parte. Soluțiile includ abordări întemeiate pe negarea celei de a doua premise, cea inductivă, pe introducerea «gradelor de adevăr» și pe transformarea logicii clasice în logică *fuzzy* (variantă a teoriei mulțimilor și a logicii care admite «grade de aplicabilitate» a predicatelor) – *ibidem*, p. 291, 164.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 392.

²⁷⁷ *Ibidem*.

Teoria adevărului-coerență susține, în esență, că adevărul unei propoziții constă în apartenența ei la un corp de alte propoziții, în mod adecvat definit. «Coerența» ar fi deci caracteristica definitorie a adevărului. Punctele tari ale teoriei au fost considerate următoarele: testăm adevărul opiniilor noastre în lumina altor opinii, inclusiv opinii perceptuale; nu putem ieși în afara celui mai bun sistem al nostru de opinii, pentru a observa cât de bine funcționează în termenii corespondenței cu lumea. Punctele slabe ale teoriei nu au putut fi însă ignorate: teoriile coerentiste pure omit să includă un sens adecvat al felului în care sunt susținute sistemele reale de opinii de către persoane cu experiență perceptuală, influențate de mediul lor; experiența joacă un rol esențial și special în controlul sistemului nostru de opinii; chiar dacă elementele unei mulțimi de propoziții sunt toate coerente între ele, nu e obligatoriu ca ele să fie adevărate sau, altfel spus, nu coerența este caracteristica definitorie a adevărului, ci concordanța cu ceea ce există realmente.

Teoria pragmatistă a adevărului se sprijină pe ideea că adevărul unui enunț poate fi definit în termenii «utilității» acceptării lui. Există lucruri false, dar care este folositor să le acceptăm, și există lucruri adevărate, dar care este dăunător să le acceptăm. Criteriul utilității este însă ambiguu: o idee poate fi utilă într-un sens, dar dăunătoare într-un alt sens. Apoi, se confundă adevărul cu verificarea sau confirmarea, deși, adeseori, o propoziție este adevărată și înainte de a fi confirmată. În fine, definiția pragmatistă a adevărului implică abandonarea legii logice a terțului exclus.

În spațiul prezumțiilor legale irefragabile sau cel puțin al unora dintre acestea, nici una dintre cele două teorii nu este acceptabilă. Bunăoară, în cazul prezumției de cunoaștere a legii: elementele mulțimii pot fi coerente, dar nu toate dintre ele sunt adevărate; prezumția este utilă pentru a asigura eficacitatea sau efectivitatea atotcuprinzătoare a legii, dar ea poate fi extrem de păgubitoare pentru cei care nu au posibilitatea cunoașterii «efective» a legii într-un termen predeterminat.

Criteriile adevărului sunt diferite, în raport cu exigențele unui sistem determinat: corespondența, coerența, utilitatea. Prezumțiile

relative, purtătoare de adevăr, par a fi compatibile cu oricare dintre aceste criterii; prezumțiile absolute sau irefragabile par însă a fi parțial incompatibile cu fiecare dintre aceste criterii. Iată încă un motiv pentru reconsiderarea lor. Poate că, într-adevăr, logica clasică ar trebui modificată în direcția admiterii gradelor de adevăr, care să corespundă gradelor de ambiguitate. Dar atunci prezumțiile legale irefragabile ar fi definitiv condamnate. În orice caz, nu poate fi vorba de o siguranță absolută a cunoașterii. Dialectica absolutului și relativului exprimă atât caracterul cumulativ al adevărului, cât și caracterul său imperfect și revizibil. Or, tocmai această dialectică reclamă și în cazul prezumțiilor recunoașterea posibilității de demonstrare a adevărului prezumat. Prezumțiile legale irefragabile creează însă imaginea unor adevăruri absolute, imuabile, sacralizate sau fetișizate, impuse tuturor prin forța implacabilă a unei rostiri legiuitoare. Adevărurile absolute încorporate în prezumții nu sunt însă decât adevăruri concepute, *imagineate și neverificabile*. Circumspecția în admiterea lor se impune inevitabil.

23. Retrospectivă istorică asupra dinamicii prezumțiilor.

Prezumțiile au apărut deodată cu probele și cu libertatea conferită judecătorului de a aprecia. Concomitent ele au constituit însă și «motivul» unor reguli de drept²⁷⁸.

În epoca glosatorilor găsim și germenul teoriei prezumțiilor, vorbindu-ni-se despre două categorii de prezumții, în raport cu forța lor probantă, – prezumții *iuris et de iure* și prezumții *hominis* – și despre două categorii de prezumții în raport cu obiectul lor – prezumții *naturae*, fondate pe reacțiile naturale ale individului, și prezumții *facti*, cele întemeiate pe un fapt precedent sau subsecvent.

Doctrina canonistilor ne oferă o definiție a prezumției, cu accent pe elementul logic și, astfel, pe ideea de probabilitate – *argumentum ad credendum unum factum surgens ex proloatione alterius facti* –, dar și o clasificare a prezumțiilor în patru categorii, precizându-le caracteristicile: prezumții «temerare» – *invalida est et repelitur a iure, et in nullo debet movere animum iudicis*;

prezumții «probabile» – *iudicis ex aliquibus suspicionibus et fama crebescence surgit*; prezumții «violente», prezumțiile *iuris* – *quia ius praesumit ita esse*; prezumții «necesare», cele *iuris et de iure* – *cum vehementer praesumitur ita esse vel non esse, et propter talem praesumptionem ius statuitur*. Firește, «încifrările» teoriei sunt lesne observabile și ele derivă din faptul că singurul element luat în considerare este probabilitatea: se practică astfel mai degrabă o aliterare decât prezumții probabile, ajungându-se la paradoxul unor «prezumții necesare»; rămâne fără explicație transformarea prezumțiilor «violente» în prezumții *iuris* și tot fără explicație interzicerea probei contrare în cazul prezumțiilor «necesare»; confuzia între prezumțiile-reguli de probă și prezumțiile-reguli de fond este și ea evidentă și, de altfel, s-a perpetuat până în epoca noastră²⁷⁹.

Prin retur la textele romane, în epoca „Renașterii” apar primele opere de proporții considerabile dedicate prezumțiilor, datorate lui Le Duaren („Opera omnia”, *De probationibus*), Alciat („Tractatus universi iuris”, *De praesumptionibus*) și Menochius („De praesumptionibus, coniecturis, signis et indicis”), întâlnind distincția între probe directe și probe oblice, între ficțiuni – *dispositio legis adversus veritatem* – și prezumții – *fundatur in veritate*, între *praesumptiones iuris et de iure, iuris tantum et hominis*.

Pothier, tratând prezumțiile în legătură cu proba obligațiilor, a preluat din curente doctrinare anterioare tot ceea ce i s-a părut semnificativ și, odată cu aceasta, insuficiențele și ambiguitățile lor, incluzând în categoria prezumțiilor legale și numeroase reguli de fond. Deși dispozițiile art. 1349-1353 din Codul civil francez sunt considerabil inspirate de concepția lui Pothier, ele nu preiau totuși definiția prezumției dată de Pothier – „o judecată pe care legea sau omul o are asupra verității unui lucru printr-o consecință trasă dintr-un alt lucru”²⁸⁰ –, nici distincțiile făcute de el între prezumțiile de fapt ale omului, nici calificarea prezumției irefragabile ca prezumție necesară; dar absorb confuzia între prezumții-reguli de fond și prezumții-reguli de probă. Într-o formulare eliptică,

²⁷⁹ *Ibidem*, nr. 14.

²⁸⁰ Pothier, Obligations, IV^e partie, ch. III, sect. II, nr. 840.

²⁷⁸ Pe larg, a se vedea R. Decottignies, op. cit., nr. 11 și urm.

definiția prezumției dată de art. 1349 din Codul civil francez pare a o prelua pe aceea a lui Domat: „prezumțiile sunt consecințele ce legea sau magistratul trage din un fapt cunoscut la un fapt necunoscut”. Numai că Domat a spus-o mai complet: „pentru a servi ca probă” a unui fapt necunoscut.

Dispozițiile art. 1199-1203 din Codul civil român sunt pur și simplu un calc al celor franceze, legiuitorul român demonstrând nu numai desăvârșită fidelitate, dar și condamnabilă comoditate, nefăcând nici un efort pentru a înțelege teoria prezumțiilor sau măcar pentru a înlătura agramatismele stridente din cuprinsul art. 1200 C. civ., «fotocopie» a art. 1350 din Codul civil francez. [de exemplu, „sunt prezumții legale”(…) „actele ce legea le declară nule” (...)].

24. Presumțiile – ca procedeu special de tehnică legislativă, ca regulă de drept sau ca mijloc de probațiune. Presumțiile și ficțiunile sunt mijloace specifice ale tehnicii legislative, având ca bază comună puterea de a se detașa de caracteristicile variabile și infinite ale faptelor ce fac obiectul reglementării juridice, pentru a pune accentul pe caracteristicile predominante ale acestora, înfățișate într-o structură de coerență logică, în scopul realizării adecvate a politicii legislative în anumite ramuri sau domenii supuse reglementării. Dar, pe când prezumția se bazează pe verosimilități și nu face decât să generalizeze ceea ce este dominant și comun pentru anumite fapte sau împrejurări ce urmează a dobândi semnificație juridică, ficțiunea „se opune naturalului sau celui ce-l considerăm astfel” și, premeditat, îl contestă, îl returnează sau îl răstoarnă, constituind astfel o „sfidare” față de tot ceea ce în aprecierea lumii pare să se impună, pentru a ajunge la un rezultat în armonie cu scopul reglementării juridice. Prin cele două modalități – prezumții și ficțiuni – se produce deci fenomenul, denumit de Fr. Gény, „de reducere simplificatoare a elementelor substanțiale ale dreptului”²⁸¹.

²⁸¹ Fr. Gény, op. cit., p. 260-262.

24.1. Ca procedeu de tehnică legislativă, esența prezumției constă în transformarea unei probabilități în certitudine sau, admitând un pleonasm și un paradox, într-o «certitudine probabilă».

Pentru a putea valoriza prezumția ca instrument de tehnică legislativă, pentru a-i putea dezvălui și demonstra necesitatea și utilitatea, dar, totodată, și limitele ei, firește, este necesar să stăruim cu câteva precizări asupra conceptului de «tehnică legislativă».

Într-o formulare generală și comună, tehnica legislativă constituie un ansamblu infinit de mijloace prin care «materialul» ce trebuie să facă obiect al reglementării juridice dobândește în cele din urmă calitatea unei asemenea reglementări. Dar care este acel «material», cât și cum este «prelucrat» pentru a dobândi semnificație juridică?

«Materia» supusă reglementării juridice, constituită de fapt ca obiect al acestei reglementări, o reprezintă relațiile sociale. Odată stabilite relațiile sociale susceptibile de reglementare juridică, fondul reglementării și mijloacele ei constituie conținutul *tehnicii legislative*, în scopul „trecerii de la identic la similar și, apoi, pe calea construcțiilor juridice – a utilizării perspicace și îmbinării abile a conceptelor, cuvintelor, definițiilor, clasificărilor, raționamentelor – să se verifice edificarea unui ansamblu juridic coerent și eficient”²⁸². Rostind deja termenul de «construcție juridică» am intrat în spațiul tehnicii legislative, reprezentat de arsenalul mijloacelor și procedeele prin care relația socială devine relație juridică. În sens restrâns, principalele mijloace ale tehnicii legislative pot fi considerate: definirea, clasificarea, construcția juridică, *presumțiile și ficțiunile*²⁸³.

Dispozițiile art. 1202 C. civ., în sensul căroră, pe de o parte, „presumția legală dispensează de orice dovadă pe acela în favoarea căruia este făcută”, iar pe de alta că „nici o dovadă nu este primită împotriva prezumției legale, când legea, în puterea unei asemenea

²⁸² *Ibidem*, p. 157.

²⁸³ J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1953, p. 110. În doctrina noastră, a se vedea. A.M. Naschitz, *Teorie și tehnică în procesul de creare a dreptului*, Ed. Academiei, București, 1969, p. 256 și urm.

prezumții, anulează un act oarecare, sau nu dă drept de a se reclama în judecată, afară numai de cazurile când legea a permis dovada contrarie și afară de ceea ce se va zice în privința jurământului și mărturisirii ce ar face o parte în judecată”, ar putea fi interpretate ca argument legal în favoarea aserțiunii că prezumțiile sunt ele însele probe.

Totuși, stăruim în ideea că prezumțiile legale irefragabile și cu atât mai puternic cuvânt cele întemeiate exclusiv pe oportunități legislative, nu sunt probe, ci *reguli de fond*²⁸⁴. Astfel cum spunea Fr. Gény, „aici prezumția (zisă *iuris et de iure*) devine, în realitate, o regulă de drept independentă, pe care numai originea sa o leagă de domeniul probei”²⁸⁵.

24.2. Unele prezumții, impropriu numite astfel, sunt de fapt *reguli de fond*²⁸⁶ (de exemplu, vârsta «majoratului civil» sau a dobândirii deplinei capacități de exercițiu ori a capacității electorale, în «considerarea» faptului că de la această vârstă persoana are discernământul necesar pentru a aprecia semnificațiile și implicațiile actelor sau faptelor sale în viața juridică; ori regulile devoluțiunii succesiunii *ab intestat* sau cele ale comunității de bunuri ale soților, în «considerarea» faptului că acestea corespund voinței probabile a lui *de cuius* ori a soților). Indiferent de obiectul lor, putem identifica în suportul unor asemenea «reguli»: *voința* legiuitorului de a instaura un anume mod de reglementare; reglementarea *de eo quod plerumque fit*. Presumția – cum spunea Fr. Gény – este doar unul dintre elementele intelectuale și constructive „printre motivele” care au determinat reglementarea²⁸⁷ sau „presumția se absoarbe în reglementare”, ea dispăre în preceptul imperativ – *sio volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas*²⁸⁸. Valorizarea unei asemenea reguli de fond și ca prezumție dobân-

²⁸⁴ În acest sens, bunăoară: J. Dabin, op. cit., p. 243; Al.C. Angelesco, op. cit., p. 674, 675; Fr. Gény, op. cit., p. 282, 283.

²⁸⁵ Fr. Gény, op. cit., p. 282, 283.

²⁸⁶ A se vedea R. Decottignies, op. cit., nr. 20 și urm.

²⁸⁷ Fr. Gény, op. cit., p. 347.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 347, 349.

dește relevanță dacă și în măsura în care legiuitorul admite proba contrară²⁸⁹.

Așadar, s-ar impune o distincție: unele reguli de fond, chiar dacă au printre motivele prescripțiilor lor și ideea de probabilitate, de prezumție, sunt reguli imperative, nesusceptibile de înlăturare prin dovada contrară a ceea ce implicit prezumă; altele însă, admitând dovada contrară, postulează prezumția ce stă la fundamentul lor ca mijloc de probă – nu doar ca «motiv» sau «argument» al reglementării – lăsând deschisă posibilitatea pentru părți de a se integra în sistemul probațiunii; în fine, există reguli care numai aparent, contrar realității, implică ideea de prezumție, motivele reglementării fiind cu totul altele²⁹⁰.

²⁸⁹ Corect și deplin lămuritor întâlnim aceste judecăți succesive în lucrarea lui E. Florian (Dreptul familiei, Ed. „Limes”, Cluj-Napoca, 2003, p. 128), în legătură cu mandatul tacit reciproc de reprezentare între soți: „izvorul mandatului prezumat se află în lege, iar nu în voința soților, deși, aparent, textul art. 35 alin. (1) C. fam. invocă drept temei al reprezentării voința lor prezumată”; oricare dintre soți se poate opune *in concreto* la exercitarea dreptului de reprezentare, „însă tăgăduirea în întregime și *in abstracto* a mandatului prezumat de lege nu este posibilă, fiindcă ar echivala cu modificarea reglementărilor privitoare la raporturile dintre soți”; dreptul de opunere nu este prevăzut în mod expres, însă rezultă neîndoios din textul de referință, care stabilește că soțul care încheie actul juridic „este socotit că are și consimțământul celuilalt soț”.

²⁹⁰ De exemplu, nu s-ar putea spune că prin „subînțelegerea” clauzelor obișnuite într-un contract – cum precizează art. 981 C. civ. – s-a avut în vedere prezumtiva voință a părților de a nu le ignora. Între dispozițiile proiectului Codului civil întâlnim însă prezumții absolute, în realitate reguli de fond, și prezumții neîndoielnic relative. Două exemple din categoria primelor: „Clauza abuzivă într-un contract cu consumatorii sau de adeziune este reputată nescrisă” [s.n.] – art. 993 alin. (1); „Sunt reputate nescrise clauzele care derogă de la dispozițiile legale imperative sau contrare ordinii publice și sunt considerate astfel de lege” [s.n.] – art. 994 alin. (1). Și două exemple din categoria secundelor: în materia nulității relative, dacă natura acesteia nu este determinată ori nu reiese în chip neîndoielnic din dispoziția legii, „contractul este supus nulității relative” – art. 968; „Leziunea se prezumă în cazul existenței unei disproporții considerabile între prestații” – art. 939 alin. (3).

Distincția între reguli de fond care implică ideea de prezumție și prezumțiile legale propriu-zise se poate fundamenta pe *rolul* și *obiectul* prezumției: «motivul» reglementării sau «proba» situației reglementate²⁹¹. Acest mod de a distinge dobândește relevanță, bunăoară, în materia dobândirii de drepturi reale și a prezumției de proprietate.

Uzucapiunea a fost considerată „un mod original de dobândire a dreptului de proprietate”, ea făcând „dovada absolută a proprietății”, uzucapantul „fiind scutit de acea *probatio diabolica* la care este supus, într-o acțiune în revendicare, reclamantul care a dobândit proprietatea unui imobil printr-unul din mijloacele derivate”²⁹². Stăruie însă întrebarea: uzucapiunea este o veritabilă dispensă de «probă» a proprietății sau o regulă de fond? Astfel, dacă ne constituim ca reper dispozițiile art. 1200 pct. 2 C. civ., potrivit cărora „sunt prezumții legale” și „cazurile când legea declară că dobândirea dreptului de proprietate (...) rezultă din oarecare împrejurări determinate”, și le transpunem în materia uzucapiunii, s-ar putea spune că suntem în prezența unei prezumții irefragabile de proprietate; dimpotrivă, dacă ne constituim ca reper dispozițiile art. 645 C. civ., potrivit cărora proprietatea se dobândește și prin prescripție, precum și cele ale art. 1837 C. civ., în sensul cărora „prescripția este un mijloc de a dobândi proprietatea”, s-ar putea spune că suntem în prezența unei reguli de fond, legea luând în considerare faptul posesiei și numai acesta²⁹³, pentru a pune de acord «dreptul» cu «faptul», dobândirea proprietății rezultând direct din lege, în afara oricărei operațiuni de transfer de la un proprietar anterior. Uzucapiunea se înfățișează astfel ca o „instituție de ordine socială”²⁹⁴. Și,

²⁹¹ R. Decottignies, op. cit., nr. 26.

²⁹² I. Dogaru (coord.), Drept civil. Idei producătoare de efecte juridice, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 19.

²⁹³ Pe larg, a se vedea Fr. Zenati, St. Fournier, Essai d'une théorie unitaire de la prescription, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 2, avr.-juin 1996, p. 339-353.

²⁹⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, Cours de droit civil. Les biens, Édition Cujas, 4^e éd., 1998, nr. 555.

într-adevăr, când posesorul de bună sau de rea-credință invocă uzucapiunea, el nu se prevalează de o «regulă de probă», ci de o «regulă de fond».

Situația nu este aceeași în cazul dobândirii proprietății asupra unui bun mobil corporal. Legiuitorul român, detașându-se de formularea art. 2279 alin. (1) din Codul civil francez – *en fait de meubles, la possession vaut titre* – a preferat, în formularea art. 1909 alin. (1) C. civ., să recurgă – cum s-a spus²⁹⁵ – la o «metaforă», zicând, cu totul impropriu, că: „Lucrurile mișcătoare se prescriu prin faptul posesiunii lor, fără să fie trebuință de vreo curgere de timp”²⁹⁶. Indiferent însă de formulare, s-a instituit astfel un mod original de dobândire *ex lege* a proprietății. În opinia unora, la fundamentul dobândirii astfel a unui bun mobil s-ar afla «prezumția de proprietate», *iuris et de iure* sau poate *iuris tantum*²⁹⁷. Ar fi vorba chiar de o dublă prezumție: prezumția de proprietate în favoarea posesorului și prezumția coincidenței stării de fapt cu starea de drept²⁹⁸. O distincție s-ar impune poate: atunci când posesorul dobândește bunul mobil *a non domino*, dacă el este de bună-credință, posesia însăși îi permite, pe baza legii, dobândirea instantanee a proprietății; posesorul unui bun mobil *a domino* este

²⁹⁵ Tr. Ionașcu, S. Brădeanu, Drepturile reale principale în Republica Socialistă România, Ed. Academiei, București, 1978, p. 170.

²⁹⁶ Ideea unei prescripții instantanee este un nonsens, iar dacă nu este „trebuință de vreo curgere de timp”, atunci nu poate fi prescripție. Articolul 693 din proiectul Codului civil arată că: „Oricine se află la un moment dat în posesiunea unui bun mobil este prezumat că a dobândit dreptul de proprietate asupra lui”, în condițiile prevăzute de art. 694 și urm. Acela însă care posedă bunul altuia timp de 10 ani, în alte condiții decât cele prevăzute pentru dobândirea proprietății mobiliare prin efectul posesiunii, „poate dobândi dreptul de proprietate în temeiul uzucapiunii” – art. 696.

²⁹⁷ I. Lulă, Observații asupra prezumției prevăzute de art. 1909 alin. (1) din Codul civil, în „Dreptul”, 2000, nr. 1, p. 75 și urm.

²⁹⁸ C. Bîrsan, Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. ALL Beck, București, 2001, nr. 284.

numai prezumat că ar fi proprietar. Prima situație evocă o regulă de fond, cea de-a doua o regulă de probă.

În același context poate fi examinată și *prescripția extinctivă*: este o regulă de probă sau o regulă de fond? Chiar dacă s-ar considera că în subtextul prevederilor art. 1 din Decretul nr. 167/1958 se află prezumția de plată, *prescripția extinctivă* nu este o simplă regulă de probă²⁹⁹, ci, prin funcțiile și efectele ei, ea ni se înfățișează ca o regulă de fond³⁰⁰, imperativă, în reglementarea actuală, discutabilă însă.

24.3. Presumțiile legale – „propriu-zise”, cum spune autorul –, indiferent de forța lor probantă, sunt, toate, *reguli de probă*, permițând să se stabilească realitatea unui fapt trecând de la *factum probans* la *factum probandum*³⁰¹. În cazul *presumțiilor legale iuris et de iure*, probabilitatea are un «oarecare rol», ea constituind motivul și obiectul prezumției; în cazul *presumțiilor simple*, probabilitatea îndeplinește un rol important, fără însă ca prezumția să se confunde cu probabilitatea, intervenind și voința legiuitorului: fie pentru ca, *a priori*, să se asigure aplicarea unei reguli de drept (de exemplu, posesorul este de bună-credință – art. 486-487 C. civ.); fie pentru a face să prevaleze considerente de fapt [de exemplu,

²⁹⁹ Astfel s-a considerat de o parte a doctrinei clasice franceze, îndeosebi de Josserand.

³⁰⁰ Ideea aceasta ni se pare cu atât mai mult întemeiată din perspectiva unei concepții moniste asupra *prescripției*, având la bază mecanismul posesiv: *prescripția extinctivă* și *prescripția achizitivă* nu sunt decât două manifestări ale aceluiași mecanism. Orice *prescripție* are atât un efect *extinctiv*, cât și unul *achizitiv* (pe larg, a se vedea *Fr. Zenati, St. Fournier*, op. cit., p. 339 și urm.). Cum s-a remarcat și în doctrina noastră, dacă *prescripția* este fundată pe motive de ordine publică, ea este o regulă de fond; dacă, din contră, ea nu este decât o *presumție de plată*, nu va atinge decât proba obligației (*M. Nicolae, Prescripția extinctivă*, Ed. „Rosetti”, București, 2004, nr. 10 și 15, unde se spune că, în prezent, *prescripția* este „unanim acceptată ca o măsură indispensabilă de ordine publică și de pace socială.”).

³⁰¹ *R. Decottignies*, op. cit., nr. 22, 40, 66.

remiterea voluntară a titlului original făcută de creditor debitorului – art. 1138 alin. (1) C. civ.]³⁰².

În principiu, ca mijloc de probațiune, *prezumția* implică – astfel cum s-a mai spus – o dublă deplasare a obiectului probei: o dată de la faptul generator de drepturi – greu sau imposibil de dovedit – la un fapt vecin și conex cu acesta – de asemenea necunoscut, dar ușor sau mai ușor de dovedit – și o dată de la acest fapt vecin și conex la un fapt probator. Din cunoașterea faptului probator se trage mai întâi concluzia existenței faptului generator și conex și apoi, din cunoașterea acestuia, se trage concluzia existenței faptului generator de drepturi³⁰³.

Dintr-o astfel de textură semantică s-a desprins și ideea plasării *presumțiilor*, din păcate *in globo*, indistinctiv, în categoria mijloacelor indirecte de probațiune, prin deplasarea obiectului probei spre fapte vecine și conexe.

Presumțiile legale «simple» sau *iuris tantum* își justifică locul în sistemul de probațiune, dar cele absolute, irefragabile sau *iuris et de iure*, cu siguranță nu-și au locul în acest sistem, ele nefiind de altfel *presumții*, ci *ficțiuni*.

Din cuprinsul art. 1202 alin. (2) C. civ. – „nici o dovadă nu este primită împotriva *presumției legale* (...)” – ar rezulta, *per a contrario*, că în cazul tuturor celorlalte *presumții* se aplică regulile dreptului comun în materie de *probațiune*. Totuși, adeseori, legea civilă precizează «obiectul» și «mijlocul» de probă pentru a face dovada contrară. Ar exista, așadar, *presumții legale «irefragabile»*, care nu tolerează nici un fel de dovadă contrară, *presumții legale «simple»*, care pot fi răsturnate prin orice mijloc de probă, și – cum s-a precizat în doctrina clasică franceză³⁰⁴ – *presumții legale «intermediare»*, care sunt compatibile numai cu anumite probe contrare. În realitate, există *presumții* cu totul sustrase probei contrare și *presumții* susceptibile de dovadă contrară. Altfel zis, există

³⁰² *Ibidem*, nr. 66 și urm.

³⁰³ A. Ionașcu, *Probele în procesul civil*, Ed. Științifică, București, 1969, p. 234.

³⁰⁴ C. Aubry, C. Rau, op. cit., 5^e éd., t. XII, p. 106.

prezumții «absolute» și prezumții «relative». Ni se pare însă judicioasă precizarea că această din urmă clasificare nu trebuie să inculce ideea grupării astfel a prezumțiilor în raport cu gradul lor de probabilitate³⁰⁵. Încercând să motivăm mai pe larg, am spune că premisa «probabilității» înlătură *ab initio* «absolutul» – cum să fie «absolut» ceea ce este «probabil»? – și, pe de altă parte, mai ales în cazul prezumțiilor «intermediare», identificarea de către legiuitor doar a anumitor «mijloace de probă», în legătură doar cu un anumit «obiect» al probațiunii, nu se află în nici o relație cu gradul probabilității acelei prezumții. Sunt pur și simplu reguli legale de probă, exprimând opțiunea legiuitorului în raport cu valoarea sau interesul ocrotit prin instituirea prezumției. Astfel:

– În materie de *responsabilitate contractuală și delictuală*, uneori, legiuitorul determină «obiectul» probei contrare. Bunăoară, potrivit art. 1082 C. civ., debitorul poate fi exonerat de plata daunelor-interese dacă justifică neexecutarea obligației cu o „cauză străină, care nu-i poate fi imputată” [s.n.]. Într-o opinie, în situația examinată, ar fi vorba de o prezumție de culpă atașată existenței unui contract – element caracteristic responsabilității contractuale în raport cu responsabilitatea delictuală³⁰⁶. Într-o altă opinie, s-a recurs la distincția clasică între obligațiile de mijloace și obligațiile de rezultat, pentru a explica astfel, grație noțiunii de «prezumție legală», diferența între cazurile când proba culpei trebuie sau nu să fie făcută. Premisa distincției rămâne însă discutabilă, întrucât, în unele situații, precum în cazul locatarului, este dificil de spus dacă ne găsim în prezența unor obligații de mijloace sau de rezultat, iar

în alte situații obligațiile de mijloace se transformă în obligații de rezultat (de exemplu, obligațiile medicului) sau invers (bunăoară în situația acceptării unei clauze de nonresponsabilitate).

În realitate, pentru angajarea răspunderii civile, în condițiile culpei contractuale, nu trebuie să se recurgă la noțiunea de «prezumție legală», creditorul urmând să facă dovada neexecutării contractului, pe temeiul art. 1169 C. civ.: „Cel ce face o propunere înaintea judecării trebuie să o dovedească”³⁰⁷.

– Alteori, legiuitorul determină mijloacele de probă contrare. De exemplu, „titlu sau semn care ar proba contrariul” (art. 590 C. civ.). Într-o asemenea situație, prezumția de coproprietate asupra zidului despărțitor implică obiectul probațiunii și mijloacele limitate de probă contrară³⁰⁸.

25. Categoriile de prezumții. Articolul 1199 C. civ., încercând o definire a prezumțiilor, ne conduce spre o primă clasificare a acestora: prezumțiile sunt *simple* sau *legale*.

25.1. O «definiție» imprecisă și alambicată a prezumțiilor simple ne oferă art. 1203 C. civ., prin excluderea celor care sunt stabilite de lege:

a) În pofida delimitării aparent tranșante a prezumțiilor de fapt, prezumțiilor omului sau prezumțiilor simple de prezumțiile legale, practic, această categorică delimitare trebuie nuanțată. Prezumția simplă nu deplasează sarcina probei, ci o atribuie aceluia care, *ab initio*, își sprijină alegațiile lui pe indicii semnificative. Abstracție

³⁰⁵ R. Decottignies, op. cit., nr. 56, nota de sub nr. 2, p. 136.

³⁰⁶ Dificil însă de admis un asemenea element caracteristic, întrucât, uneori, chiar în condițiile existenței unui contract, creditorul trebuie să probeze culpa debitorului (totuși, în sensul arătat, a se vedea C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Tratat de drept civil român, Restitutio, vol. II, Ed. ALL Beck, București, 1998, nr. 1141). Apoi, unitatea culpei – în cazul celor două forme de răspundere civilă, cum observa doctrina clasică franceză – face de asemenea dificilă considerarea elementului arătat ca fiind caracteristic răspunderii contractuale.

³⁰⁷ Articolul 1315 din Codul civil francez este mai explicit: „Acela care reclamă executarea unei obligații trebuie să o probeze. Reciproc, cel care se pretinde liberat trebuie să justifice plata sau faptul care a produs stingerea obligației”. Este locul să precizăm că, după ce art. 1008 din proiectul Codului civil înscrie obligația debitorului ca, în toate cazurile, să repare prejudiciile cauzate din culpa sa, art. 1009 din același cod arată: „Culpa debitorului se prezumă din simplul fapt al neexecutării” contractului.

³⁰⁸ În același sens dispozițiile art. 516 alin. (1) *in fine* din proiectul Codului civil: „(...) dacă nu rezultă contrariul din titlul de proprietate, dintr-un semn de necomunitate ori dacă proprietatea comună nu a devenit proprietate exclusivă prin uzucapiune, în condițiile legii”.

făcând de adagiul *actori incumbit probatio*, sarcina probei revine în realitate aceluia dintre adversari care vrea să demonstreze un fapt contrar unei situații normale³⁰⁹. Deducțiile sunt cele care se impun logic, chiar uzual.

b) Astfel cum, *in fine*, a fost formulat art. 1203 C. civ., după modelul art. 1353 din Codul civil francez – prezumțiile nu sunt permise judecătorului „decât numai în cazurile când este permisă și dovada prin martori, afară numai dacă un act nu este atacat că s-a făcut prin fraudă, dol sau violență” [s.n.] – reprezintă o eroare manifestă de redactare, rezultând, *a contrario*, excluderea probei testimoniale, ca mijloc de probă împotriva reclamantului, în privința unui act lovit de nulitate, pentru fraudă, dol sau violență³¹⁰. Preluarea *ad literam* a textului de lege ar conduce și la concluzia, tot atât de greșită, că în caz de fraudă, dol sau violență nu sunt admiși martori, dar sunt admise prezumțiile, ceea ce ar contrazice prevederile art. 1198 C. civ., persoana victimă a unor asemenea fapte fiind evident în imposibilitate de a-și procura o dovadă scrisă³¹¹.

Unele explicații ar putea fi totuși formulate în marginea acestui text abscons sau chiar absurd: observând prima parte a textului art. 1203 C. civ., care evocă exigența unor prezumții având „o greutate și puterea de a naște probabilitatea”, s-ar putea spune că un singur indiciu este uneori suficient; observând punctuația înaintea propoziției finale, s-ar putea spune că textul evocă maxima *fraus omnia corrumpit*; s-ar putea, de asemenea, spune că legiuitorul a vrut pur și simplu să spună că în caz de fraudă, dol sau

³⁰⁹ Pentru repere doctrinare, a se vedea *Présomptions*, în „*Répertoire de droit civil*”, t. VIII, cit. *supra*, nr. 3.

³¹⁰ Pentru repere doctrinare, a se vedea *J. Dupichot, D. Guével, Contrats et obligations. Présomptions*, cit. *supra*, nr. 30. În doctrina clasică franceză, calificările cu privire la modul de formulare a art. 1353 au fost chiar malițioase: „supraabundent”, „distracție a legiuitorului”.

³¹¹ *D. Alexandresco*, op. cit., t. VII, p. 317, 318. Pentru a se evita asemenea greșite înțelegeri, art. 1354 din Codul civil italian nu mai cuprinde respectivele precizări, de altfel de prisos.

violență, chiar dacă în discuție este un înscris, în realitate urmează să se probeze un fapt, așa încât sunt admisibile și prezumțiile.

c) Echivalența între condițiile de admisibilitate a probei cu martori și prezumțiile judiciare poate surprinde, întrucât prezumția este rezultatul demersului intelectual al judecătorului. Totuși, rostul acestei echivalențe poate fi grija legiuitorului pentru a stimula părțile în sensul preconstituirii probelor și consolidarea astfel a securității juridice.

d) Prima teză din cuprinsul art. 1203 C. civ. – prezumțiile care nu sunt stabilite de lege „sunt lăsate la luminile și înțelepciunea magistratului” – aduce inevitabil în discuție forța probantă a prezumțiilor simple. Aceasta, întrucât, pe de o parte, textul pare să consacre principiul intimei convingeri și al puterii suverane a judecătorului, iar pe de alta, cum rezultă din text, el este totuși mărginit în constituirea prezumțiilor de fapt prin aceea că „nu trebuie să se pronunțe decât întemeindu-se pe prezumții care să aibă o greutate și puterea de a naște probabilitatea”.

Elementul primar și fundamental al prezumțiilor judecătorului îl constituie *indiciile*. Care sunt aceste indicii și în ce măsură pot fi ele valorizate de către judecător?³¹²

Forța probantă a indiciilor este dependentă de intima convingere a judecătorului; pe de altă parte, aprecierea semnificației indiciilor în contextul raționamentului constitutiv de prezumție relevă puterea suverană a judecătorului. Adoptarea însă în dreptul actual a acestor axiome implică limite și exigențe indeniabile.

e) În principiu, orice element conex și pertinent poate constitui un indiciu, chiar dacă el nu a fost stabilit printr-o probă directă, adagiul *praesumptum de praesumpto non admittitur* fiind abandonat.

f) Puterea suverană a judecătorului postulează implicit absența unei ierarhii între proba testimonială și «proba judiciară» sau pre-

³¹² A se vedea, de asemenea, *Présomptions*, în „*Répertoire de droit civil*”, t. VIII, cit. *supra*, nr. 18 și urm.

zumțiile simple³¹³. Constituirea unei ierarhii în favoarea prezumțiilor judiciare, sub motivul că ele se află sub semnul obiectivității, pe când proba testimonială este esențialmente subiectivă, nu ni se pare justificată: indiciile se sprijină ele însele, adeseori, pe mărturie; indiciile pot sprijini un raționament, dar unul conjunctural; judecătorul este și el om – «prezumții ale omului» – și, în consecință, nu poate fi absolvit dintr-un început și în totalitate de subiectivitate. În orice caz, *de lege lata* o posibilă ierarhie între cele două tehnici de probă nu se justifică, iar *de lege ferenda* nu vedem considerente deplin convingătoare.

g) Deși prezumția simplă este, cum spuneam, reluând formularea textului de lege, dependentă de „luminile și înțelepciunea judecătorului”, ea poate și trebuie să facă obiect al controlului judiciar.

În termeni imperativi, art. 261 C. proc. civ. prevede că hotărârea trebuie să cuprindă „motivele de fapt și de drept care au format convingerea instanței, cum și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților”. Presumțiile judiciare nu sunt sustrate acestui sistem de exigențe, toate considerentele hotărârii fiind elemente ale silogismului judiciar. Lipsa de concordanță sau, în condițiile legii, inexistența motivării atrage casarea hotărârii. O hotărâre care, în condițiile legii, nu evocă rațiunile ei este o dispoziție arbitrară, care anulează aproape toate principiile ce guvernează procesul civil. Motivarea, inclusiv sub aspectul prezumțiilor judiciare, trebuie să fie pertinentă, completă, întemeiată, omogenă, concretă, convingătoare și accesibilă. Firește, toate aceste atribute derivă în cele din urmă din calitatea, robustețea intelectuală și cumpătarea judecătorului, adagiul lui Acollas spunând totul: *tant vaut le juge, tant vaut l'induction du juge*. Înțelepciunea și cumpătarea judecătorului sunt cu atât mai puternic cuvânt imanente silogismului judiciar cu cât o singură prezumție poate fi uneori suficientă, precum un

³¹³ Pentru considerații *de lege ferenda* cât privește valoarea celor două tehnici de probă, a se vedea R. Decottignies, op. cit., cit. *supra*, p. 279 și urm.

singur martor, regula de altă dată, *testis unus, testis nullus*³¹⁴, fiind abandonată³¹⁵.

h) Legea îngrădește totuși puterea judecătorului de a-și constitui prezumții: ele – prezumțiile simple – trebuie „să aibă o greutate și puterea de a naște probabilitatea” – spune art. 1203 C. civ. S-a considerat că textul francez – cel al art. 1353 – este „mai exact în această privință”³¹⁶, el făcând referire la cerința ca prezumțiile să fie „grave, precise și concordante”. Dar, cum s-a spus, iar ceea ce s-a spus poate fi preluat și în raport cu reglementările noastre, „evoluția dreptului pozitiv a redus această cerință la o simplă dorință pioasă, nelegând în nici un fel judecătorul”³¹⁷. Ni se pare că, dimpotrivă, în pofida ambiguităților, textul art. 1203 C. civ. implică unele avantaje în raport cu cel francez: el evocă ideea că adagiul *testis unus, testis nullus* este abandonat, un singur indiciu putând fi suficient judecătorului pentru a-și întemeia o prezumție determinantă, dar să fie „gravă” adică semnificativă, concludentă și pertinentă. Pe de altă parte însă, paradoxal, ne putem întreba cum anume un singur fapt din care derivă prezumția poate „naște probabilitatea”? Tot astfel, deși jurisprudența franceză este

³¹⁴ Exigența privitoare la cel puțin doi martori nu poate fi atribuită lui Ulpian, care a spus doar: *ubi numerus testimonium non adiicitur etiam duo sufficient; pluralis enim locutio duorum numero contesta est*. Necesitatea pluralității martorilor apare într-o constituție din dreptul postclasic, care interzicea judecătorilor să se mărginească la un singur martor – *ut unius omnino testis responsio non audiat*.

³¹⁵ Și totuși, poate ca ecou al dreptului postclasic roman, a unora dintre pasajele Vechiului Testament și Noului Testament – *dourum hominum testimonium verum est; in ore duorum vel trium testium stet omne verbum* – încă, disparat, reglementarea actuală face referire, cu totul excepțional, la doi martori, mai ales în materie de dovadă instrumentară sau parainstrumentară. A se vedea I. Deleanu, S. Deleanu, Mică enciclopedie a dreptului. Adagii și locuțiuni latine în dreptul românesc, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 2000, p. 398.

³¹⁶ D. Alexandresco, op. cit., p. 319.

³¹⁷ A se vedea *Présomptions*, în „Répertoire de droit civil”, t. VIII, cit. *supra*, nr. 30.

unanimă și constantă în sensul posibilității întemeierii prezumției pe un singur indiciu³¹⁸, ne putem întreba cum se poate induce «concordanța» numai dintr-un fapt unic? Iată cel puțin unele dintre motivele pentru care controlul judiciar al «calității» prezumțiilor rămâne, adeseori, o simplă ipoteză, iar exigențele arătate au fost calificate ca «precepte morale».

i) Indiciile constitutive de prezumții judiciare trebuie delimitate de simplele *alegații*. Din categoria indiciilor obiective, de natură să întemeieze prezumții judiciare, ar putea face parte³¹⁹: indiciile reunite prin tehnicile specifice probei prin prezumții, precum constatarea directă de către instanță a faptelor constitutive de indicii, conform unor proceduri legale (cercetarea la fața locului, documente remise de terți sau prezentate de părți, verificarea de scripte); atitudinea părții în proces, în pofida adagiului *nemo contra se edere tenetur*, precum refuzul părții de a remite instanței documentele de comerț sau corespondența comercială; elementele oferite de alte procedee de probă, dar care n-au putut fi reținute ca atare din cauza unor vicii sau a unor lacune (anchete, expertize, depoziții ale unor martori, registre și scrisori „domestice”, scrisori de comerț); elemente de fapt deduse dintr-o hotărâre anterioară, dar care nu poate fi invocată sub atributul autorității lucrului judecat, precum și orice alte piese procedurale provenite dintr-o altă procedură, chiar între părți diferite.

Totuși, puterea judecătorului în reunirea unor indicii este mărginită, îndeosebi prin trei condiții de ordin general: indiciile aduse de părți în atenția instanței nu trebuie să fi fost obținute prin mijloace de investigare ilicite sau neloiale (bunăoară, prin violarea secretului corespondenței sau al convorbirilor telefonice), prin ignorarea respectului datorat vieții private; indiciile reținute nu trebuie să derive din simplele *alegații* ale părților; instanța trebuie să-și dovedească imparțialitatea, să respecte contradictorialitatea în dezbateri și, în general, drepturile procesuale ale părților.

³¹⁸ *Ibidem*, nr. 33.

³¹⁹ *Ibidem*, nr. 44 și urm.

Piesele unei proceduri penale sau administrative au fost și sunt constant constituite ca indicii, dacă asemenea piese pot fi comunicate altor personae, și în special terților, și dacă hotărârea instanței penale nu are ea însăși autoritate de lucru judecat în fața instanței civile.

În anumite limite și în anumite situații, însăși jurisprudența a constituit și constituie o sursă de prezumții.

25.2. Prezumțiile legale. Categoria prezumțiilor legale este, mai întâi, evocată în cuprinsul prevederilor art. 1199 C. civ.: „Prezumțiile sunt consecințele ce *legea* (...) trage din un fapt cunoscut la un fapt necunoscut” [s.n.]. Prin introducerea adverbului «precum», art. 1200 C. civ. exemplifică unele dintre asemenea prezumții, „*determinate special prin lege*” [s.n.], iar art. 1201 C. civ. chiar precizează elementele constitutive ale uneia dintre prezumțiile legale exemplificate – autoritatea lucrului judecat. În fine, art. 1202 C. civ. distinge, în interiorul prezumțiilor legale, între acelea care pot fi totuși combătute – prezumții refragabile sau *iuris tantum* – și acelea care nu pot fi combătute – prezumții irefragabile sau *iuris et de iure*.

Din economia reglementărilor arătate, câteva concluzii rezultă, nu numai cu claritate, dar și inevitabil.

– Ceea ce definește esențialmente prezumțiile legale, în raport cu cele simple sau «ale omului», este faptul că ele sunt determinate special de lege, în număr limitat, precizându-se totodată și puterea lor doveditoare; unele absolvind de orice probă, altele deplasând sarcina probațiunii. Altfel zis, prezumțiile legale nu pot exista decât în temeiul unui text de lege și, «fiind determinate special», ele sunt limitative și de strictă interpretare. În principiu, nu este posibil să fie extinse prin asemănare la alte cazuri, neprevăzute de lege, chiar dacă, rațional, s-ar impune în acele cazuri cu aceeași putere. Adagiul *ubi eadem ratio idem ius*³²⁰ s-a considerat a nu fi

³²⁰ Acest adagiul, atribuit comentatorilor, nu este decât forma prescurtată a unui alt adagiul: *ubi eadem est legis ratio ibi eadem est legis dispositio* – acolo unde rațiunea de a fi a legii este aceeași și dispoziția legii este aceeași. Adagiul evocă unitatea și coerența considerentelor care

aplicabil în cazul prezumțiilor³²¹. De exemplu, jurisprudența franceză a fost și este constantă în a considera că prezumția prevăzută de art. 552 C. civ. – prezumția de proprietate asupra solului implicând și proprietatea asupra suprafeței și subsolului –, având ca și corespondent art. 489 din legea noastră civilă, nu poate fi inversată în profitul proprietarului subsolului³²². Dacă și în măsura în care la fundamentul răspunderii prevăzute de art. 1000 alin. (1) C. civ. s-ar admite că se află «prezumția de răspundere», cum de altfel s-a admis de instanțele noastre³²³, sunt sugestive în sensul celor aici discutate soluțiile doctrinare și jurisprudențiale în legătură cu persoanele care pot invoca sau împotriva cărora se poate invoca această «prezumție»³²⁴.

Această caracteristică imanentă respectivei categorii de prezumții – aceea de a fi prevăzute de lege – este, în același timp și poate paradoxal, o calitate, dar și un neajuns al lor. Este o calitate, pentru că raționamentul ce constituie esența lor fiind făcut de

stau la baza unor reglementări succesive, concordanța – așa-zicând – dintre «motivele» și «dispozitivul» reglementărilor. Într-un sens mai larg, *ubi eadem ratio idem ius* este, de fapt, un argument de analogie – *ubi eadem est legis ratio eadem lex esse debet*. Iar judecătorul – cum spune art. 3 C. civ. – este obligat să facă analogia.

³²¹ R. Decottignies, op. cit., cit. supra, nr. 114.3^o.

³²² Pentru jurisprudență, a se vedea J. Dupichot, op. cit., nr. 80. Articolul 434 din proiectul Codului civil prevede, de asemenea, că „dreptul de proprietate asupra unui teren se extinde asupra coloanei de aer aflate deasupra sa, precum și asupra subsolului, în limitele prevăzute de lege.”

³²³ Acceptând ideea, doctrina a nuanțat-o, în sensul că ar fi vorba de prezumția existenței raportului de cauzalitate (M. Eliescu, Răspunderea civilă delictuală, Ed. Academiei, București, 1972, p. 371, 372).

³²⁴ Pe larg, a se vedea L. Pop, Teoria generală a obligațiilor, Ed. „Lumina Lex”, București, 1998, p. 284 și urm. Esențială, în context, ni se pare însă observația că legea nu prezumă decât „fapte”; răspunderea este instituită, nu prezumată (I.M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa, Răspunderea civilă, Ed. Științifică, București, 1970, p. 205). Ideea, în esență, și la cazul discutat, este corectă. Ea rămâne însă discutabilă, cel puțin în opinia noastră, pentru ipoteza prezumțiilor irefragabile, care, nefăcând obiect de dovadă contrară, semnifică, în realitate, postularea unor reguli de drept.

însuși legiuitor, pe baza observării atente și îndelungate a faptelor sociale și prin asimilarea critică și selectivă a datelor pe care le oferă știința ori praxisul, în diversele domenii, rigoarea științifică a acestora este cu mai largă și mai profundă motivație asigurată. Este, pe de altă parte, un neajuns, pentru că niciodată nu există certitudinea că ceea ce s-a generalizat și sistematizat prin prezumții reprezintă trăsăturile predominante ale unui număr suficient de fapte observate sau că ceea ce s-a înlăturat din caracteristicile faptelor studiate pentru a face cu puțință însumarea lor în situații-tip era cu adevărat neesențial, nesemnificativ. În fond, prezumțiile legale nu sunt decât prezumții de fapt, generalizate, sistematizate și consacrate de legiuitor. Așa fiind, ele antrenează incertitudinea pe care însuși fundamentul lor o implică sau posibilele ambiguități legislative ori calificările eronate ale legiuitorului. De exemplu, cât privește răspunderea pentru prejudiciile cauzate de lucruri în general, în condițiile prevăzute de art. 1000 alin. (1) C. civ., inițial s-a considerat că aceasta ar fi o prevedere cu un caracter introductiv față de dispozițiile alineatelor următoare, care reglementează cele trei cazuri de răspundere pentru fapta altuia, și față de prevederile art. 1001 și ale art. 1002 C. civ., prin care se consacră răspunderea pentru prejudiciile cauzate de animale și, respectiv, de ruina edificiului³²⁵; s-a vorbit apoi despre o prezumție relativă, prea ușor însă de înlăturat în dauna victimei, apoi despre o prezumție absolută³²⁶, dar care, cum succint și categoric s-a spus, deformează însăși ideea de prezumție, căci „o prezumție care nu poate fi combătută, nu este veritabilă prezumție”³²⁷; s-a adus de asemenea în

³²⁵ În acest sens I.M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa, op. cit., p. 60, 185. Articolul 1113 și urm. din proiectul Codului civil reglementează acum în aceeași secțiune răspunderea pentru paguba pricinuită de animale sau de bunuri, inclusiv răspunderea pentru produse defectuoase.

³²⁶ De exemplu: Trib. Suprem, col. civ., decizia nr. 12/1953, în „Culegere de decizii”, 1952-1954, vol. I, p. 92; decizia nr. 944/1966, în „Culegere de decizii”, 1966, p. 149; secția civilă, decizia nr. 885/1976, în „Culegere de decizii”, 1976, p. 142.

³²⁷ B. Starck, Droit civil. Obligations. 1. Responsabilité délictuelle, 3^e éd., Litec, 1988, nr. 554.

atenție ideea unei prezumții de responsabilitate³²⁸, deși, cum iarăși lămuritor s-a spus, „nu se poate prezuma o obligație”³²⁹, ci „faptele” sunt cele susceptibile de prezumare; în fine, s-a acreditat ideea de garanție privind riscul de activitate³³⁰ sau, *de lege lata*, ideea de garanție grefată pe ideea de culpă prezumată³³¹, încercându-se astfel, cum s-a spus, concilierea a ceea ce este ireconciliabil – răspunderea obiectivă și răspunderea bazată pe culpă³³²; ideea de garanție pare să fi fost împărțită în cele din urmă și într-o concepție majoritară³³³. Ceea ce interesează însă, în context, este faptul că această «pendulare» doctrinară și jurisprudențială demonstrează incertitudinea sau ambiguitatea a înseși prezumțiilor legale, mai ales atunci când ele nu sunt explicate și suficient determinate.

Totodată, prezumțiile fiind impuse prin puterea legii, în opera de aplicare a acestora trebuie cu necesitate să se țină seama de ceea ce legiuitorul a prezumat, adeseori irefragabil, chiar dacă evidența faptelor reclamă o altă soluție decât cea la care dispoziția legii

³²⁸ În acest sens, de exemplu: Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr. 1300/1987, în „Revista română de drept”, 1988, nr. 4, p. 75; decizia nr. 1926/1989, în „Dreptul”, 1990, nr. 8, p. 83.

³²⁹ B. Starck, op. cit., nr. 560.

³³⁰ Responsabilitatea de plin drept semnifică recunoașterea responsabilității fără culpă, al cărei fundament rămâne totuși inexplicabil (*ibidem*, nr. 562 *in fine*). Pentru largi și substanțiale observații critice, cât privește teoria riscului, a se vedea Fr. Bénac-Schmidt, Ch. Larroumet, Responsabilité du fait des choses inanimées, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. IX, îndeosebi nr. 73-77.

³³¹ „În starea actuală, răspunderea pentru fapta lucrului rămâne împărțită între cel puțin două fundamente ale responsabilității civile: culpa și riscul. Așa încât, pentru studiul acestei materii, este imposibil să se pornească de la un fundament de principiu pentru a se deduce condițiile aplicării și cuprinderea răspunderii; demersul trebuie să fie invers, fundamentul putând fi «indus» din modalitățile de aplicare a regulilor (J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique, Armand Colin, 2001, nr. 240).

³³² Fr. Bénac-Schmidt, Ch. Larroumet, op. cit., nr. 97.

³³³ *Ibidem*, nr. 98, împreună cu explicațiile de natură să înlăture o posibilă confuzie.

constrânge sau îndeamnă. În fine, din multitudinea și diversitatea faptelor înscrise în procesul soluționării, unele din ele – cele ce constituie excepția de la ceea ce s-a generalizat și sistematizat prin prezumții – vor trebui totuși, împotriva realității și a convingerii judecătorilor, subsumate unui mod de soluționare impropriu pentru ele, numai pentru că puterea prezumțiilor instituite prin lege le guvernează deopotrivă.

Iată de ce, concluzia la care vom ajunge prin examenul făcut prezumțiilor, anume că, într-o bună tehnică legislativă, numărul prezumțiilor legale, dar cu deosebire a celor absolute, trebuie restrâns cât mai mult cu putință și că prezumțiile în totalitatea lor trebuie să se constituie în una dintre cele mai dinamice categorii ale dreptului – unele pierind, altele luând naștere, unele trecând din categoria celor absolute în categoria prezumțiilor relative sau, mai rar și cu totul excepțional, convertirea producându-se în sens invers –, permanent receptivă la mutațiile produse în ceea ce le-a determinat și justificat existența, ne apare chiar de pe acum îndeajuns de motivată. Prezumțiile legale fiind forma apriorică de obiectivare și consacrare a unui calcul de probabilitate, în afara oricărui examen al circumstanțelor proprii unui caz determinat, implică inevitabil un risc pentru una dintre părțile în litigiu, iar uneori chiar pentru ambele părți, care, ori de câte ori va fi cu putință, trebuie măcar aplatizat.

Nu există așadar prezumție legală fără text. Afirmarea unei prezumții legale, în lipsa textului care să o consacre, ar fi evident o contradicție în termeni.

a) Prezumțiile legale au, în principiu, o *finalitate exclusiv probatorie*.

Această finalitate rămâne însă discutabilă din perspectiva celor două categorii de prezumții: relative și absolute, *iuris tantum* și *iuris et de iure*. În principiu însă, cum s-a spus, prezumțiile aparțin domeniului probațiunii; pentru a fi în prezența unei prezumții legale, legiuitorul trebuie să ia în considerare două fapte distincte, proba unuia servind ca probă celuilalt. De exemplu, prezumția instituită de art. 21 din Decretul nr. 31/1954, în cazul *comorien-*

ților – prezumție neîndoiește importantă în situația persoanelor cu vocație succesorală reciprocă, dar și cu vocație succesorală unilaterală, atât în domeniul moștenirii legale, cât și al celei testamentare³³⁴ – implică totuși dovada că persoanele au murit în aceeași împrejurare³³⁵ și în astfel de condiții încât nu se poate stabili dacă una a supraviețuit alteia³³⁶. Remarcăm, în context, că doctrina a extins aplicarea prezumției și în cazul codecedaților³³⁷, ca „singură soluție posibilă”³³⁸, deși, în principiu, prezumțiile nu sunt susceptibile de aplicare prin extrapolare.

S-a considerat că prezumțiile *iuris et de iure*, cele absolute așadar sau irefragabile, pot fi «asimilate» ficțiunilor, întrucât nu pot fi combătute prin nici un mijloc de probă³³⁹. Aserțiunea rămâne discutabilă, întrucât, pe când ficțiunea este contrară realității, prezumția poate avea totuși la fundamentul ei un coeficient de probabilitate conform cu realitatea. În opinia noastră, adusă în atenție în repetate rânduri, prezumțiile absolute sau cel puțin unele

³³⁴ A se vedea: *Fr. Deak*, Tratat de drept succesoral, Ed. „Actami”, București, 1999, nr. 29; *D. Chirică*, Drept civil. Succesiuni și testamente, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 13, 26, 64.

³³⁵ Această condiție s-a considerat a fi inutilă și, *de lege ferenda*, s-a propus înlăturarea ei, soluția morții concomitente fiind logică, echitabilă și legală în toate ipotezele (*Fr. Deak*, op. cit., nr. 30), astfel devenind mai certă aplicarea aceleiași soluții în cazul codecedaților.

³³⁶ Articolul 720 din Codul civil francez a acreditat ideea romană a supraviețuirii, în raport cu vârsta sau sexul persoanei decedate, postulându-se astfel o altă soluție, criticabilă însă. Articolul 716 alin. (1) din proiectul Codului civil prevede: „Persoanele ce decedază în aceeași împrejurare sau în împrejurări diferite, fără a se putea stabili care a supraviețuit alteia, sunt prezumate a fi murit în același moment, dacă cel puțin una dintre ele este chemată la succesiunea celeilalte”.

³³⁷ *Gh. Beleiu*, Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil, ed. a VIII-a, revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă, Ed. „Universul Juridic”, București, 2003, p. 345.

³³⁸ *Fr. Deak*, op. cit., nr. 30.

³³⁹ Cu privire la această opinie, a se vedea *Ch. Pelerman*, Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse, în vol. „Les présomptions et les fictions”, cit. *supra*, p. 342-349.

dintre ele nu doar că pot fi «asimilate» ficțiunilor, ci chiar sunt *ficțiuni juridice* sau ele sunt, cum vom mai preciza, *reguli de fond*, situate în afara sistemului probator.

Într-o opinie, calificarea prezumțiilor irefragabile ca ficțiuni ar trebui nuanțată: o prezumție irefragabilă degenerază în ficțiune doar atunci când se stabilește că faptul ce face obiectul prezumției este în mod cert fals. Ar trebui deci să se facă o verificare *in specie* pentru a se stabili în cazul fiecărei prezumții dacă faptul prezumat este adevărat sau fals³⁴⁰.

Recunoscând inhibanta autoritate a celor care au susținut această opinie, ne îngăduim totuși câteva observații.

«Proba» falsității sau adevărului «faptului» prezumat este *ab initio* exclusă: chiar art. 1202 alin. (2) C. civ., cel puțin în cazul unora dintre prezumțiile legale, precizează că „nici o dovadă nu este primită împotriva prezumției legale”; în pofida locului unde ele au fost așezate în legea civilă, prezumțiile legale irefragabile nu sunt «mijloace de probă», ele având un obiect normativ³⁴¹; prezumția legală irefragabilă – s-a precizat de asemenea – n-are ca obiect proba irepresibilă a unui fapt, ci ea realizează o „transformare calitativă”³⁴² a faptelor în reguli de drept, în reguli de fond, nu în reguli de probă³⁴³; dacă ar fi să admitem verificarea *in*

³⁴⁰ A se vedea: *J. Dabin*, Théorie générale du droit, Dalloz, 1969, nr. 256; *F. Génz*, op. cit., nr. 288, precum și celelalte lucrări menționate de *A.-M. Leroyer*, op. cit., nr. 189, p. 205, nota de sub nr. 1.

³⁴¹ *J. Wroblewski*, Structure et fonctions des présomptions juridiques, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, îndeosebi nr. 24: „La *praesumptio iuris et de iure* nu este o prezumție (...) Ea corespunde unei forme elementare de normă juridică (...) Nu există aici nici un element de probă”.

³⁴² *Fr. Terré*, Introduction générale au droit, 2^e éd., Dalloz, 1994, nr. 562.

³⁴³ În sens contrar și categoric eronat *R. Decottignies*, Les présomptions en droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950, nr. 22, 40. Autorul – fidel de altfel sistematizării legale a materiei – consideră că toate prezumțiile legale, indiferent că sunt sau nu irefragabile, „sunt reguli de probă”, ele având ca obiect ideea de probabilitate, în

specie, calificarea prezumțiilor și a ficțiunilor ar deveni aleatorii, iar în unele situații, exclusiv în interiorul uneia și aceleiași prezumții, uneori ar fi considerată ca atare, alteori ca ficțiune³⁴⁴.

În considerarea celor prevăzute de art. 1352 din Codul civil francez – având ca și corespondent art. 1202 alin. (1) din Codul civil român: „Prezumția legală *dispensă de orice dovadă* pe acela în favoarea căruia este făcută” [s.n.] – s-a opinat că, cel puțin prezumțiile absolute, rămân în afara domeniului probațiunii³⁴⁵. Și în doctrina noastră s-a precizat însă că afirmația potrivit căreia prezumțiile legale sunt o „dispensă de probă” este exactă numai dacă se adaugă că ele scutesc partea care are sarcina probei de a dovedi faptul generator de drepturi, căci părții respective îi rămâne totuși sarcina de a dovedi faptul vecin și conex pe care se întemeiază prezumția legală – sarcină uneori ușoară sau chiar foarte ușoară, alteori anevoioasă sau chiar foarte anevoioasă – dar care, nu mai puțin, rămâne o obligație a părții³⁴⁶.

principiu, „pot fi liber combătute de acela împotriva căruia sunt invocate” (nr. 22, p. 45); în cazul prezumțiilor irefragabile, „interzicându-se orice probă contrară, legea exprimă voința sa de a se pune în afara oricăror atingeri interpretarea pe care ea o dă faptelor” (nr. 39, p. 88).

³⁴⁴ De exemplu, reluând ipoteza prezumției de cunoaștere a legii, în sensul ei funciar și eronat: dacă prin «lege» se are în vedere actul normativ aplicabil în acel litigiu, s-ar putea face dovada că partea l-a cunoscut sau putea să-l cunoască; dacă prin «lege», în raport cu aceeași persoană, înțelegem toate actele normative, suntem în prezența unei ficțiuni, căci nimeni, absolut nimeni nu poate cunoaște fondul normativ activ, în vigoare. În sensul necesității recalificării prezumției absolute de cunoaștere a legii în ficțiune, a se vedea: *P. Forriers*, *Présomptions et fictions*, cit. *supra*, p. 15; *J. Rivero*, *Fictions et présomptions en droit public français*, cit. *supra*, p. 107; *G. Boland*, *La publication des lois et arrêtés, condition du caractère obligatoire et du délai de recours en annulations – présomptions ou fictions?*, cit. *supra*, p. 230, în vol. „*Les présomptions et les fictions en droit*”, cit. *supra*. A se vedea, pe larg, *infra*, nr. 30 și urm.

³⁴⁵ *Ch. Pelerman*, *Logique juridique. Nouvelle réthorique*, 2^e éd., Dalloz, 1979, nr. 22, 35.

³⁴⁶ *A. Ionașcu*, op. cit., p. 291, 292.

Totuși, în ce ne privește, am considerat că cel puțin unele dintre prezumțiile legale irefragabile, în realitate nu sunt prezumții, ci *reguli de fond*. Ne oprim la câteva exemple: prezumția de adevăr judiciar; prezumția lipsei de discernământ; prezumția renunțării la moștenire.

Adagiul *res iudicata pro veritate accipitur* și-a găsit consacrare în dispozițiile art. 1201 C. civ. și, corelativ, în cele ale art. 166 C. proc. civ., care consacră excepția puterii lucrului judecat, ca excepție de ordine publică. Articolul 1200 pct. 4 C. civ. menționează printre prezumțiile legale „puterea ce legea acordă autorității lucrului judecat”.

Faptul că o hotărâre are față de părți și față de terți o «valoare probatorie» nu poate surprinde, dar postularea autorității *inter partes* a hotărârii, invocându-se o asemenea valoare, pare cel puțin curioasă. Este posibil ca o hotărâre să nu exprime adevărul și totuși ea să se bucure de autoritatea lucrului judecat. Într-o asemenea situație, care poate fi valoarea logică a polisilogismului judiciar, când chiar cea dintâi premisă a lui – adevărul – este în realitate un sofism? Valoarea logică a prezumției *res iudicata pro veritate accipitur* este deci contestabilă³⁴⁷. Este de ordinul evidenței că respingându-se cea de-a doua cerere sub motivul existenței autorității lucrului judecat, aceasta se va face nu pentru că prima hotărâre – constituită ca impediment la cea de-a doua – ar exprima adevărul – ceea ce, de altfel, nici nu se verifică în cea de-a doua judecată –, ci pur și simplu pentru că, din motive de politică judiciară, de siguranță și stabilitate juridică, situațiile litigioase nu pot fi întreținute indefinit. Am fi astfel mai aproape de un alt principiu înscris în Codul lui Iustinian: *nec enim instaurari finita rerum iudicatarum patitur auctoritas* – o cauză odată sfârșită nu trebuie să mai fie reîncepută, altminteri – cum spunea C. Negruzzi – pricinile s-ar asemăna cu pânza Penelopei. Cu alte cuvinte, dacă, în cele din urmă, se consideră că hotărârea exprimă adevărul, aceasta nu

³⁴⁷ *D. Tomasin*, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1975, p. 242 și urm.

înseamnă că acela este adevărul adevărat, ci numai că ți se interzice demonstrarea falsității lui³⁴⁸.

Pe de altă parte, prezumția legală de adevăr, ca fundament al autorității lucrului judecat, procură o explicație nesatisfăcătoare și neconvingătoare efectului negativ al autorității lucrului judecat. Este dificil să se explice imposibilitatea reînțelegerii aceluiași proces sprijinind demersul unei asemenea explicații pe o regulă de probațiune³⁴⁹. Părțile dispun, potrivit art. 166 C. proc. civ., de o excepție de fond peremptorie sau dirimantă, *exceptio rei iudicatae*, pe care o pot constitui ca obstacol formal în calea reabordării fondului litigiului definitiv sau irevocabil tranșat. Dar atunci stăruie o contradicție, se pare insolubilă: excepția puterii lucrului judecat este un mijloc de a preveni redezbaterea fondului litigiului; prezumția autorității sau puterii lucrului judecat, ca «mijloc de probă», reclamă prin chiar natura ei dezbateră asupra existenței și naturii prezumției.

Este deci nu doar preferabilă, ci cu totul justificată constituirea la fundamentul autorității sau puterii lucrului judecat a ideii de *imutabilitate a actului jurisdicțional*, prin care, în cadrul unei proceduri contradictorii, s-a verificat și tranșat o situație litigioasă³⁵⁰. Altminteri, cum s-a spus, autoritatea sau puterea lucrului judecat va continua să rămână „una dintre cele mai tenace și mai contestabile idei ale dreptului pozitiv modern³⁵¹, un „caleidoscop al dreptului” sau „un veritabil labirint” al acestuia³⁵².

Minorul până la vârsta de 14 ani nu are capacitate de exercițiu – art. 11 alin. (1) lit. a) din Decretul nr. 31/1954³⁵³. Cum existența

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 243.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 243, 244.

³⁵⁰ *Ibidem*, *passim*.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 239.

³⁵² *Ibidem*, p. 1.

³⁵³ Articolul 29 din proiectul Codului civil prevede, de asemenea, că minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani nu are capacitate de exercițiu; totuși, el poate face singur acte de conservare, precum și acte de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la momentul încheierii lor.

discernământului constituie una din premisele capacității de exercițiu, rezultă, *a contrario*, că minorul sub 14 ani nu are discernământul necesar pentru a aprecia consecințele juridice ale manifestării sale de voință. *Prezumția lipsei de discernământ* este discutabilă, nu numai pentru că, exceptând ceea ce este de exceptat – o primă perioadă, aceea a frăgezimei vârstei – chiar integrarea minorului în procesul școlarizării atestă discernământul acestuia – argument, poate, infantil și deci abandonabil –, dar, și mai ales, pentru că însăși legea permite celui lipsit de capacitatea de exercițiu să facă totuși unele acte juridice valabile: „acte de conservare”, „acte mărunte”, acte în domeniul dreptului familiei, în domeniul adopției sale, în materie procesual civilă. Așadar, cum spunea un eminent și regretat civilist, „această *lipsă* nu este o *veritabilă și totală lipsă de capacitate de exercițiu*” [s.n.], nu este deci – ne îngăduim să adăugăm – o *veritabilă și totală lipsă de discernământ*. Este o *regulă de ocrotire* a unei anumite categorii de persoane fizice, o *regulă de fond*.

Pe scurt și concludiv, *ideea de prezumție irefragabilă înfățișează o veritabilă contradicție în termeni*.

Ca principiu de ordine publică, art. 686 C. civ. prevede că „nimeni nu este obligat de a face acceptarea unei moșteniri ce i se cuvine”³⁵⁴. Succesibilul are deci dreptul de opțiune succesorală. Creditorii succesibilului au la dispoziție acțiunea oblică. Actul de opțiune succesorală este un act unilateral, voluntar, irevocabil, indivizibil – fără a ignora unele excepții –, un act declarativ de drepturi și nesusceptibil de modalități.

Dreptul de opțiune succesorală³⁵⁵ trebuie exercitat în 6 luni, în principiu, de la data deschiderii moștenirii – art. 700 alin. (1)

³⁵⁴ „Cu excepția cazurilor expres prevăzute de lege – precizează art. 843 din proiectul Codului civil – nimeni nu poate fi obligat să accepte o succesiune ce i se cuvine. Creditorii succesibilului pot totuși exercita opțiunea pe cale oblică”.

³⁵⁵ *Fr. Deak*, op. cit., nr. 262, *in fine*, împreună cu jurisprudența; *D. Chirică*, op. cit., nr. 486 și urm.

C. civ., în forma modificată³⁵⁶. Neexercitarea dreptului de opțiune succesorală în termenul prevăzut de lege atrage stingerea dreptului de a accepta moștenirea și, totodată, stingerea retroactivă a titlului de moștenitor. Este o *regulă de fond*. Neexercitarea dreptului de opțiune succesorală nu are semnificația unei *prezumții de renunțare la moștenire*, nu numai pentru că succesibilul poate solicita repunerea în termen, dar mai ales pentru că renunțarea la moștenire este un act juridic solemn – art. 76 alin. (3)-(4) din Legea nr. 36/1995 și art. 45 și 80 din Regulamentul de punere în aplicare a acestei legi³⁵⁷.

b) În principiu, dacă sunt întrunite condițiile pentru existența prezumției legale, instanța nu poate «explicit» să facă abstracție de acea prezumție, pertinentă în soluționarea litigiului cu care a fost investită, nici să admită combaterea prezumției *in thesi*, adică într-o manieră generală. Dacă ar proceda astfel, instanța ar săvârși un «exces de putere», o imixtiune în puterea legislativă, contrară principiului separației puterilor în stat³⁵⁸.

c) Legea însăși stabilește o ierarhie a prezumțiilor legale în raport cu puterea lor doveditoare. Articolul 1202 alin. (2) C. civ., implicit, pare a distinge între trei categorii de prezumții legale: *absolute*, *relative* și *intermediare* sau *mixte*. Într-o formulare care nu excelează prin claritate și, în parte, este depășită, art. 1202 alin. (2) precizează: „Nici o dovadă nu este primită împotriva prezumției legale, când legea, în puterea unei asemenea prezumții, anulează un act oarecare sau nu dă drept de a se reclama în judecată, afară numai de cazurile când legea a permis dovada contrarie și afară de aceea ce se va zice în privința (...) mărturisirii ce ar face o parte în judecată”.

³⁵⁶ În același sens, art. 841 alin. (1) din proiectul legii civile.

³⁵⁷ „Monitorul Oficial al României”, nr. 92 din 16 mai 1995 și nr. 176 din 8 august 1995.

³⁵⁸ Acest principiu este acum *in terminis* consacrat prin dispozițiile art. 1 alin. (4) din Constituția României, revizuită prin Legea nr. 429/2003.

d) Dat fiind faptul că legea creează excepția irefragabilității în privința prezumțiilor absolute, rezultă, mai întâi, că *regula o constituie prezumțiile relative*.

e) Împotriva prezumției legale de putere a lucrului judecat, ca și a prezumției legale care socotește nul un anumit act nu este admisă nici un fel de dovadă contrară. Aceste două prezumții urmează a fi considerate ca *absolute*, *iuris et de iure*, irefragabile. Deși textul, nominalizând – și se pare că în manieră limitativă – cele două prezumții absolute, îndeamnă astfel la o interpretare restrictivă a ipotezelor amintite, este necesar să observăm, prin evaluarea întregii materii a prezumțiilor, că mai există și alte prezumții absolute și că, prin urmare, textul este susceptibil, sub acest aspect, de întregire.

Așa cum textul este formulat, el ar putea îndemna la interpretarea, neîndoielnic greșită, că prezumțiile absolute pot fi totuși combătute prin mărturisire judiciară și chiar prin alte mijloace de probațiune, dacă o dispoziție legală expresă prevede aceasta. Raționând însă astfel am înlătura implicit categoria prezumțiilor absolute, căci ele n-ar fi absolute în adevăratul sens al cuvântului dacă și în măsura în care ar putea fi combătute, fie și numai prin mărturisire sau când legea prevede expres. Se impune deci precizarea că, prin interpretarea de ansamblu și riguroasă a textului art. 1202 alin. (2) C. civ., acolo unde mărturisirea nu este admisă ca mijloc de dovadă³⁵⁹, precum și acolo unde sunt instituite

³⁵⁹ Mărturisirea constă, din partea aceluia împotriva căruia s-a ales un «fapt», în recunoașterea faptului sau chiar a exactitudinii lui, recunoaștere ce va putea fi opusă autorului ei (pentru a fi «mărturisire» este necesar ca declarația să fie de natură a favoriza partea adversă: *G. Goubeaux, Ph. Bihl*, Preuve, în „Répertoire de procédure civile”, Dalloz, 2000-2^{ème} mise à jour, t. IV, nr. 1221). Ca manifestare unilaterală de voință, independentă de orice acceptare din partea aceluia în profitul căruia s-a făcut mărturisirea, aceasta se apropie de achiesare, dar nu se identifică cu ea: *I. Deleanu*, Tratat de procedură civilă, ed. a IV-a, vol. I, Ed. „Servo-Sat”, Arad, 2004, nr. 83. Indiferent de vreo precizare formală a legii, mărturisirea este interzisă în toate materiile unde ea ar avea ca și consecință renunțarea la un drept de care autorul mărturisirii nu poate dispune sau cu privire la care îi este interzisă renunțarea. Dar, chiar dacă mărturisirea

prezumții legale în scopul apărării ordinii publice, sociale sau economice, ni se înfățișează totuși prezumțiile irefragabile, ce nu pot fi combătute în nici un fel³⁶⁰.

f) Cât privește *prezumțiile relative, iuris tantum*, acestea au o putere doveditoare vremelnică, cât timp n-a fost pusă în discuție temeinicia lor, ceea ce se poate face prin orice mijloc de probațiune.

g) Între cele două categorii de prezumții – *iuris et de iure* și *iuris tantum* – legea, dar mai ales doctrina, a înscris și o categorie intermediară de prezumții: *prezumțiile mixte*. Ele sunt considerate ca intermediare, întrucât, deși pot fi combătute, uneori obiectul probei contrare este limitat, alteori sunt admise numai anumite mijloace de dovadă sau dovezile pot fi aduse numai în anumite condiții ori numai de către anumite persoane.

h) Articolul 1202 alin. (2) C. civ., în prima sa teză, precizează că „nici o dovadă nu este primită împotriva prezumției legale, când legea, în puterea unei asemenea prezumții, *anulează un act oarecare, sau nu dă drept de a se reclama în judecată (...)*” [s.n.]. Textul din legea noastră civilă nu este decât un calc al art. 1352 alin. (2) prima teză din Codul civil francez.

Legea consacră astfel, printr-o regulă insuficient determinată sau nejustificat de restrictivă³⁶¹, două dintre prezumțiile legale

privește drepturi cesibile, ea nu poate fi făcută dacă este oprită de lege sau dacă prin administrarea ei s-ar încălca norme imperative (de exemplu, nu va fi primită mărturisirea în legătură cu un fapt care a fost cuprins într-un înscris autentic sau a fost stabilit, cu putere de lucru judecat, printr-o hotărâre judecătorească). Mărturisirea însăși, reglementată de art. 1204-1206 C. civ., la capitolul probelor, izolat, a fost calificată ca prezumție legală, întrucât partea adversă ar putea-o invoca în favoarea ei fără nici o dovadă. Considerăm însă că nu mărturisirea însăși este o «prezumție legală»; ea este un mijloc de probă – atât și nimic mai mult – în măsură, adeseori, să sprijine o prezumție de fapt, a instanței, în silogismul judiciar al acesteia, dar și susceptibilă de combatere prin orice alte mijloace de dovadă.

³⁶⁰ A. Ionașcu, op. cit., p. 296.

³⁶¹ Într-o opinie, printr-o „regulă pe cât de simplă, pe atât de justă” (apud R. Decottignies, op. cit., nr. 44).

irefragabile: *nulitatea unui act și interdicția de a acționa în judecată*. Ambele situații rămân discutabile.

– Așadar, când legea, în puterea unei prezumții anulează un act oarecare. Este vizată astfel ipoteza când însăși legea prezumă categoric și în manieră absolută săvârșirea unei fraude la lege. Să exemplificăm.

Articolul 810 și art. 883 C. civ., reglementând incapacitățile de a primi prin testament³⁶², implică în subtext o prezumție irefragabilă de captație și sugestie³⁶³, sau, după caz, o prezumție absolută de abuz de influență³⁶⁴. Controversată este problema sancțiunii aplicabile: nulitatea absolută sau nulitatea relativă³⁶⁵. Într-adevăr, fiind o dispoziție prohibitivă, nu numai de ocrotire, considerăm, alături de alți autori, că sancțiunea este nulitatea absolută³⁶⁶.

În cazul donațiilor prin interpunere de persoane, din cauza dificultăților de dovadă a simulației, art. 812 C. civ. prezumă, fără posibilitate de tăgadă, că sunt persoane interpuse părinții, descendenții și soțul persoanei incapabile. Simulația nu este ea însăși o cauză de nulitate a donației, dar sancțiunea nulității actului derivă

³⁶² Ele sunt totodată și incapacități de a dispune (Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, cit. *supra*, nr. 97). Articolul 748 alin. (1) din proiectul Codului civil sancționează de asemenea cu nulitatea absolută liberalitățile făcute prin ignorarea unor incapacități speciale de a primi.

³⁶³ În acest sens, împreună cu jurisprudența, prin raportare la textele legale franceze, a se vedea Ph. Malaurie, L. Aynès, *Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités*, 4^e éd., Éditions Cujas, 1998, nr. 339, 340.

³⁶⁴ Fr. Deak, op. cit., nr. 97.

³⁶⁵ Pentru repere doctrinare și jurisprudențiale, a se vedea: Fr. Deak, op. cit., nr. 98; *Idem*, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. „Universul Juridic”, București, 2001, nr. 17, p. 132; D. Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Ed. „Lumina Lex”, București, 1997, p. 140.

³⁶⁶ În sensul unei nulități relative: Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., nr. 339; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit., vol. III, nr. 1113; M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei*, Ed. Academiei, București, 1966, p. 174.

din faptul că, prin fraudă, liberalitatea este făcută în beneficiul unei persoane incapabile de a primi³⁶⁷.

Anularea actului este, în opinia noastră, consecința nerespectării unei *reguli de fond* pentru validitatea acestuia. Dacă și în măsura în care la fundamentul unei asemenea reguli se află o prezumție – prezumția de fraudă la lege –, aceasta nu este decât «motivul» regulii de fond. De exemplu, potrivit art. 812 alin. (1) C. civ., „dispozițiile în favoarea unui incapabil sunt nule, fie ele deghizate sub forma unui contract oneros, fie făcute în numele unor persoane interpuse”³⁶⁸. Ele însele – ca și în textul art. 911 din legea franceză – suficient alambicate, par a stabili o regulă de fond, prea puțin interesând motivul legiuitorului de a proceda astfel și cum anume a putut prezuma o fraudă la lege³⁶⁹. Nu este însă mai puțin adevărat că în cuprinsul aceluiași art. 812 C. civ., dar la alineatul următor, legiuitorul, prezumând unele persoane ca fiind interpuse, a stabilit o regulă legală de probă, beneficiarul liberalității putând demonstra că prezumția interpunerii de persoane nu-i este aplicabilă: fie pentru că nu se încadrează în categoria

³⁶⁷ În același sens, prin referire la art. 911 alin. (2) din Codul civil francez, a se vedea *D. d'Ambra*, *Interposition de personne*, în „*Répertoire de droit civil*”, Dalloz, 2000-2^{me} mise à jour, t. VI, nr. 79 și urm., îndeosebi nr. 127-129.

³⁶⁸ Articolul 749 din proiectul Codului civil, cu privire la sancțiunea în caz de simulație, arată că dispozițiile în favoarea persoanelor și în condițiile prevăzute de art. 747 și 748 „(1) (...) sunt lovite de nulitate relativă sau, după caz, absolută, fie că ar fi deghizate sub forma unui contract oneros, fie că ar fi făcute pe numele unei persoane interpuse. (2) Sunt prezumate persoane interpuse: ascendenții, descendenții și soțul persoanei incapabile, precum și ascendenții și, dacă este cazul, descendenții soțului acesteia”.

³⁶⁹ A se vedea: *M. Planiol, G. Ripert, A. Trasbot, Y. Loussouam*, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Donations et testaments*, 2^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, p. 354; *D. Chirică*, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 204, p. 163. De altminteri, urmează să se observe că incapacitățile de a dispune și de a primi prin testament sunt analizate în contextul «condițiilor de fond» ale testamentului, ca reguli intrinseci acestora.

persoanelor prezumate ca interpuse, fie pentru că la epoca donației sau a legatului executat nu era o persoană lovită de incapacitatea de a primi³⁷⁰, fie pentru că, eventual, beneficiază de o excepție prevăzută de art. 810 pct. 2 C. civ., care, *a fortiori*, îi este aplicabilă³⁷¹.

– Cea de-a doua ipoteză – *când legea „nu dă drept de a se reclama în judecată”* – este mai vagă decât prima. Cum spunea Fr. Gény, „ea necuprinzând nimic sau cuprinzând totul, acest criteriu secund, mai mult decât primul, rămâne cu totul inferior funcției lui”³⁷².

În doctrina franceză, care a făcut exegeza textului art. 1352 alin. (2) din Codul civil, text preluat aidoma și în legea noastră civilă, s-a considerat că legiuitorul a avut în vedere excepțiile peremptorii sau toate finele de neprimire. O confuzie devine astfel posibilă între aceste incidente și prezumțiile irefragabile, deși distincția între ele este adeseori dificilă³⁷³. Câteva prezumții irefragabile susceptibile de integrare în această ipoteză o vor ilustra, credem, suficient.

În sensul art. 1138 alin. (1) C. civ. – corespunzător art. 1282 din Codul civil francez – atunci când creditorul remite voluntar debitorului titlul său original, astfel se „dă proba liberațiunii”; se prezumă deci fie plata, fie remiterea de datorie³⁷⁴. Această prezumție

³⁷⁰ *C. Aubry, C. Rau*, op. cit., t. X, p. 522, 523, textul și notele din subsol.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 521; *D. Chirică*, op. cit., nr. 193; *Fr. Deak*, *Tratat de drept succesoral*, Ed. „Actami”, București, 1999, nr. 97, împreună cu reperele doctrinare.

³⁷² *Fr. Gény*, op. cit., t. 3, p. 307.

³⁷³ *R. Decottignies*, op. cit., nr. 48 și urm.

³⁷⁴ *M.L. Izorche*, *Paiement*, în „*Répertoire de droit civil*”, Dalloz, 2000-2^{me} mise à jour, t. VII, nr. 108. În sensul art. 1247 din proiectul Codului civil, „(1) Remiterea voluntară a înscrisului original constatator al creanței, făcută de creditor către debitor, unul din codebitori sau fideiutor, naște prezumția stingerii obligației prin plată. Proba contrarie revine celui interesat să dovedească stingerea obligației pe altă cale. (2) Dacă înscrisul original remis voluntar este întocmit în formă autentică, creditorul are dreptul să probeze că obligația nu a fost stinsă. (3) Se

operează numai între părțile raportului obligațional³⁷⁵.

Dacă, în condițiile prevăzute de art. 247 C. proc. civ., reclamantul renunță la însuși dreptul pretins, instanța dă o hotărâre prin care va respinge cererea în fond și astfel reclamantului îi este irevocabil închisă posibilitatea de a mai «reclama» acel drept în judecată. Instanța nu tranșează dreptul ales, ci doar ia act de abandonarea dreptului de către titularul acestuia³⁷⁶.

Încheierea unei tranzacții, în condițiile art. 1704-1717 C. civ. și ale art. 271-273 C. proc. civ., are, între altele, ca efect, atașat convenției, renunțarea părților la orice acțiune viitoare având un obiect și o cauză identice cu cele stinse prin convenție.

Articolul 1202 alin. (2) C. civ. «numește» prezumția irefragabilă aici evocată prezumția în puterea căreia legea „nu dă drept de a se reclama în judecată”. Exprimarea este cel puțin sibilină, „nici o lege” – cum precizează art. 21 alin. (2) din Constituție – neputând îngădi accesul liber la justiție. Nu poate fi deci vorba de o prezumție irefragabilă, ci, eventual, de inadmisibilitatea acțiunii în justiție, în anumite situații. Nu există însă nici o legătură între prezumții cu privire la care – cum ne spune art. 1202 alin. (2) C. civ. – „nici o dovadă nu este primită” și condițiile de exercitare a unei acțiuni în justiție. Confuzia între cele două instituții este evidentă. Cel mult, s-ar putea spune că legiuitorul a avut în vedere

prezumă, până la proba contrarie, că intrarea persoanelor menționate la alin. (1) în posesiunea înscrisului original al creanței s-a făcut printr-o remitere voluntară din partea creditorului”. A se vedea și dispozițiile art. 1191 și ale art. 1268 alin. (2) din același cod.

³⁷⁵ Legea nr. 58/1934 asupra cambiei și biletului la ordin, publicată în „Monitorul Oficial” nr. 100 din 1 mai 1934, modificată și completată prin O.G. nr. 11/1993 („Monitorul Oficial al României”, nr. 201 din 23 august 1993).

³⁷⁶ În aceste condiții, ni se pare justificat ca, *de lege ferenda*, în acest caz, să se pronunțe o încheiere, prin care să se dispună închiderea dosarului, urmând ca o nouă cerere a reclamantului să se respingă pentru lipsa dreptului subiectiv [I. Leș, Observații privind soluțiile ce se pronunță de către instanțele judecătorești în cauzele civile, în unele situații speciale (I), în „Revista română de drept”, 1981, nr. 6, p. 44, 45].

posibilitatea invocării unei excepții de fond peremptorii, iar excepțiile, în sens larg, fac parte din mijloacele de apărare și, în fine, mijloacele de apărare sunt indisolubil legate de probe. Nici dintr-o asemenea înlănțuire n-ar putea însă rezulta ideea de prezumție irefragabilă, adică nici de ce este «prezumție», nici de ce este «irefragabilă».

Două ipoteze ar putea fi totuși considerate ca plauzibile, ambele reglementate prin norme imperative: prescripția extinctivă și autoritatea lucrului judecat. Invocarea uneia dintre aceste excepții, de fond, peremptorii, poate avea ca rezultat eșecul acțiunii. Dar nici ele nu sunt sustrate cu totul probei contrare, putându-se bunăoară dovedi că termenul de prescripție nu s-a împlinit, că prescripția s-a suspendat ori s-a întrerupt sau că nu sunt întrunite condițiile autorității lucrului judecat. În orice caz, asemenea excepții fac parte din acțiune, după exercitarea ei, nu sunt obstacole apriorice și irepresibile la exercitarea acțiunii.

Pentru alte situații însă s-a considerat că prezumțiile irefragabile îndeplinesc esențialmente rolul de *mijloc de probă*, propriu deci categoriei prezumțiilor³⁷⁷.

Astfel, unele prezumții privind liberarea debitorului. Potrivit art. 1138 alin. (1) C. civ., „remiterea voluntară a titlului original făcută de creditor debitorului dă proba liberațiunii”. Nu ni se pare însă a fi vorba de o «prezumție irefragabilă», ci de o regulă de fond, ceea ce rezultă chiar din formulare: „dă proba liberațiunii”. Cu alte cuvinte, însăși legea a ținut să interpreteze astfel și imperativ remiterea de către creditor a titlului original. Că este așa rezultă din dispozițiile alineatului următor al aceluiași articol, unde se vorbește într-adevăr de o prezumție, dar relativă: „Remiterea voluntară a copiei legalizate a titlului *lasă a se presupune* remiterea datoriei sau plata, *până la proba contrarie*”³⁷⁸.

Prin prezumțiile legale irefragabile legea conferă uneia dintre părțile din proces o poziție inexpungabilă, interzicându-se proba

³⁷⁷ A se vedea R. Decottignies, op. cit., nr. 50 și urm.

³⁷⁸ Articolul 1247 alin. (1) și (3) din proiectul Codului civil, reprodus anterior, evocă posibilitatea de „probă contrarie”.

contrară. Or, tocmai această interdicție pune în discuție «probabilitatea» – ca fundament al prezumției.

Dintre cele două elemente ale prezumției – voința legiuitorului și probabilitatea care motivează această voință – rămâne de fapt numai voința. Dar este suficientă «numai» această voință pentru a consacra o prezumție irefragabilă? Probabil că da, legiuitorul fiind suveran. Numai că, atunci, abstracție făcând de criteriul probabilității, suntem în prezența unei voințe arbitrare, ignorând realitatea – așa cum aceasta se poate înfățișa în plenitudinea ei –, ceea ce repudiază ideea de prezumție, pentru a justifica însă ideea de ficțiune. Faptul că o prezumție *iuris et de iure*³⁷⁹ nu este „motivul” reglementării, ci însuși „obiectul” acesteia, postulând o regulă de drept³⁸⁰, nu ni se pare suficient de relevant pentru a păstra asemenea reguli în categoria «prezumțiilor», care, prin definiție, fiind supoziții – unele, împrumutând expresia lui Génys, „chiar intense” – rămân presupuneri susceptibile de spulberare, în pofida „intensității” lor. Dacă, cum spune art. 1202 alin. (1) C. civ., „prezumția legală *dispensă* de orice dovadă *pe acela în favoarea căruia este făcută*” [s.n.], nu există consecvență logică pentru a se *interzice proba contrară aceluia în defavoarea căruia este făcută*. Inadmisibilitatea probei contrare anulează ideea de prezumție și situează mecanismul judiciar în afara sistemului probator.

26. Observații conclusive. Rostim iarăși un truism spunând că tema prezumțiilor este extrem de complexă, iar reglementarea legală a acestora este arhaică.

O primă constatare care se impune este că termenul «prezumție» este într-o oarecare măsură alterat prin ambiguitate.

Trebuie dintr-un început detașate așa-numitele «*prezumții antejudiciare*», care nu au alt rol decât acela de a atribui, pozitiv sau

³⁷⁹ Expresia *praesumptio iuris et de iure*, tributară gramatical, provine de la glosatori și ea a fost considerată „semi-barbară”, „barocă” sau „prea puțin elegantă”, cum a spus Demolombe.

³⁸⁰ R. Decottignies, op. cit., nr. 40, pct. 2.

negativ, sarcina probațiunii uneia dintre părți³⁸¹. De exemplu: acceptarea moștenirii se poate face și tacit, când eredele săvârșește un act pe care n-ar putea să-l facă decât în calitate de de erede „și care lasă a se presupune neapărat intenția sa de acceptare” – art. 689 C. civ.³⁸²; când este îndoială, convenția se interpretează în favoarea celui ce se obligă – art. 983 C. civ.³⁸³; dolul nu se prezumă – art. 960 alin. (2) C. civ.³⁸⁴; în cazul obligațiilor alternative, „alegerea o are debitorul, dacă nu s-a acordat expres creditorului” – art. 1027 C. civ.³⁸⁵; termenul este presupus totdeauna că s-a stipulat în favoarea debitorului „dacă nu rezultă din stipulație sau din circumstanțe că este primit și în favoarea creditorului” – art. 1024 C. civ.³⁸⁶; obligația solidară nu se prezumă – art. 1041 C. civ.³⁸⁷; dimpotrivă, în obligațiile comerciale, „codebitorii sunt ținute solidaricește, afară de stipulațiune contrarie”; aceeași prezumție există și contra fidejutorului, chiar necomerciant, care garantează o obligație comercială – art. 42 C. com.; în privința

³⁸¹ J. Ghestin, G. Goubeaux, Traité de droit civil. Introduction générale, 3^e éd., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, nr. 582, 649.

³⁸² Acceptarea succesiunii „este tacită când succesibilul face un act sau fapt pe care n-ar putea să-l facă decât în calitate de succesor și care lasă a se presupune neapărat intenția sa de acceptare” – art. 844 alin. (2) din proiectul Codului civil.

³⁸³ „Dacă, după aplicarea regulilor de interpretare, contractul rămâne neclar, acesta se interpretează în favoarea celui ce se obligă. În toate cazurile el se va interpreta în favoarea consumatorului sau a persoanei care aderă la contract” – art. 984 din proiectul Codului civil.

³⁸⁴ „Dolul nu se prezumă; el trebuie să rezulte neîndoiește din fapte grave” – art. 935 alin. (2) din proiectata lege civilă.

³⁸⁵ În același sens, art. 1172 alin. (1) din proiectul Codului civil. Dar, dacă s-a stabilit un termen în care una dintre părți să facă alegerea – se precizează la alineatul următor –, iar acest termen a fost depășit, alegerea revine de drept celeilalte părți.

³⁸⁶ În același sens, dar și cu evocarea unor alte circumstanțe, art. 1153 din proiectul Codului civil.

³⁸⁷ În același sens, art. 1165 din proiectul arătat.

duratei societății, se prezumă că ea a fost contractată „pentru toată viața asociaților” – art. 1502 C. civ. etc.

În toate aceste situații sau altele neexemplificate, nu este vorba de nici o deplasare a obiectului probei, nu este vorba de vreo inducție de la un fapt cunoscut la unul necunoscut. Pur și simplu, legea consideră un fapt ca stabilit, în lipsă de probă contrară. Astfel de «prezumții» desemnează deci părțile care trebuie să facă proba. Care anume dintre părți? Articolul 1169 C. civ. ne oferă o regulă generală: „Cel ce face o propunere înaintea judecății trebuie să o dovedească”. Această regulă nu oferă însă o soluție în toate cazurile. Ea implică riscul ca proba să aparțină aceluia care va alege un fapt, nu aceluia care îl contestă. Dar – se întrebau doi iluștri doctrinari – „unde se oprește contestarea și unde începe alegarea unui fapt nou?”³⁸⁸ Dacă o parte reclamă executarea unui contract, iar adversarul invocă nulitatea convenției, poate fi vorba din partea acestuia din urmă de o contestare a validității contractului, impunând celui alt să facă proba validității, sau de alegarea nulității și de sarcina de a o proba?³⁸⁹ Oricum și pentru ceea ce ne interesează

³⁸⁸ J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., nr. 582.

³⁸⁹ Criteriul oferit de o parte a doctrinei rămâne el însuși discutabil: sarcina probei revine aceluia care avansează un fapt contrar unei stări normale și obișnuite a lucrurilor (H.L.J. Mazeud, *Leçons de droit civil*, t. 1, 1^{er} vol., „Introduction à l'étude du droit”, 9^e éd., par F. Chabas, 1990, nr. 376; G. Marty, P. Raynaud, G. Jestaz, *Droit civil*, t. 1, „Introduction générale à l'étude du droit”, 3^e éd., 1988, nr. 213). Cu alte cuvinte, în această opinie, sarcina probei aparține aceluia împotriva căruia există aparență. Principiul este extrem de dificil. Dacă o parte reclamă restituirea lucrului împrumutat, iar cealaltă parte susține că l-a primit sub titlu de donație, care este afirmația mai conformă cu o situație normală? Pe de altă parte, principiul este greșit formulat: dacă aparența există, ea constituie un indiciu, care este deja o probă, revenind celui care vrea să o combată sarcina de a dovedi contrariul. Este preferabilă deci o soluție rațională: cel care a făcut proba existenței dreptului pe care îl reclamă nu trebuie să mai probeze și faptul că dreptul său nu a fost modificat sau restrâns, adversarul urmând eventual să demonstreze un fapt nou, de natură să modifice situația juridică alegată. Unele corective sunt însă admisibile (J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., nr. 583).

în context, astfel de «prezumții», precum cele arătate, nu au nimic comun – decât cel mult identitatea terminologică – cu prezumțiile la care se referă art. 1199 C. civ. și care ignoră sarcina probei. Asemenea prezumții, de natura celor exemplificate, nu sunt un mod de probă. Ele constituie mai degrabă dispense de probă.³⁹⁰

Detășate fiind aceste categorii de «prezumții» și înscriindu-ne exclusiv în perimetrul art. 1199 C. civ., cel puțin două observații credem că sunt inevitabile:

a) Prezumțiile au fost înscrise, indistinctiv, în capitolul „Despre probațiunea obligațiilor și a plății”. Or, unele dintre prezumțiile legale – cele irefragabile – nu se situează, evident, pe terenul probațiunii, ele fiind, în realitate, reguli de fond, sub aparența unor reguli de probă. Sintagma «prezumție irefragabilă» este o contradicție în termeni³⁹¹. Dacă prezumția este o supoziție și ea constituie, chiar numai indirect o probă, este categoric ilogică, dacă nu chiar bizară, ipoteza unei prezumții irepresibile. De altminteri, prezumțiile legale nu se sprijină în mod necesar pe teoria probabilității, ci ele sunt, uneori, pur și simplu expresia unei anume politici legislative³⁹². Astfel de prezumții semnifică mai degrabă – cum s-a

³⁹⁰ J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., p. 649.

³⁹¹ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations*. 2. Le fait juridique, 9^e éd., Armand Colin, 2001, nr. 204.

³⁹² Sugestivă ni se pare, bunăoară, dinamica încercării de a fundamenta răspunderea comitentului pentru faptul cauzator de prejudiciu al prepusului, în condițiile prevăzute de art. 1000 alin. (3) C. civ. Doctrina clasică a considerat că răspunderea comitentului este consecința unei „duble prezumții de culpă” – *culpa in eligendo* și *culpa in vigilando* – și, totodată, a unei „prezumții irefragabile”. A fost un mod de a explica orientarea legiuitorului spre protecția victimei. O explicație „artificială și pur verbală”, comitentul fiind astfel răspunzător „fără culpă” (*ibidem*, nr. 204.) Într-adevăr, prezumând o culpă în sarcina cuiva și, pe de altă parte, interzicându-i să demonstreze contrariul, înseamnă, de fapt, angajarea răspunderii lui fără culpă. Teoria «riscului» – a «riscului creat», prin folosirea prepusului și multiplicarea astfel a cauzelor de prejudiciu, precum și a «riscului ca și contrapondere la profit», în considerarea avantajelor obținute prin activitatea prepușilor – s-a considerat a fi o explicație

mai precizat – o dispensă de probă sau, cel mult, o deplasare a obiectului și a sarcinii probațiunii.

Numai – cum sunt numite – „prezumțiile de fapt”, „prezumții ale omului” sau „prezumțiile judiciare” constituie un veritabil mijloc de probă³⁹³.

b) Astfel cum este formulat, prin generalitatea lui, textul art. 1199 C. civ. – ca și cel al art. 1349 din Codul civil francez – constituie un truism³⁹⁴, el nespunând nimic despre specificitatea prezumțiilor. Presumția este, într-adevăr, inducerea existenței unui fapt necunoscut din cunoașterea altui fapt, datorită legăturii ce există între cele două fapte. Dar, la urma urmelor, cu excepția probelor materiale, orice probă implică o operațiune de inducere a existenței unui fapt generator de drepturi³⁹⁵. Procedul deplasării obiectului probei de la un fapt necunoscut la un alt fapt cunoscut, pentru a trage apoi concluzia existenței celui dintâi din cunoașterea celui de-al doilea, nu este propriu prezumțiilor, ci este comun tuturor probelor, cu excepția celor materiale³⁹⁶.

mai convenabilă pentru a ajunge la același rezultat, preconizat ca politică legislativă. Această teorie avea însă un singur neajuns, și suficient: incompatibilitatea ei cu răspunderea personală a prepusului. S-a trecut la teoria «reprezentării în acțiune» a comitentului de către prepus, culpa acestuia din urmă devenind culpa celui reprezentat. Ideea însă de culpă prin procură era și mai greu de admis; ea era însă de asemenea incompatibilă cu răspunderea personală a prepusului. S-a ajuns la ideea de garanție sau a «răspunderii-garanție», împrumutată și în doctrina noastră: legea pune în sarcina comitentului garantarea solvabilității prepusului. Comitentul suportă «riscul insolvabilității». O astfel de idee și mai ales o astfel de corelare rămân – și ele – cel puțin discutabile, dar nu este locul să stăruim.

³⁹³ A. Weill, *Fr. Terré*, Droit civil. Introduction générale, 4^e éd., Dalloz, 1979, nr. 418.

³⁹⁴ J. Duplichot, *Présomptions*, în „Répertoire de droit civil”, t. VIII, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 2; *Idem*, Contrats et conventions, cit. *supra*, nr. 3.

³⁹⁵ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., par J. Radouant et G. Gabolde, t. 7, nr. 1415 *in fine*.

³⁹⁶ A. Ionașcu, *Problele în procesul civil*, Ed. Științifică, București, 1969, p. 284.

Ceea ce este însă specific prezumțiilor – cum subtil s-a remarcat – este o dublă deplasare a obiectului probei: o dată de la faptul generator de drepturi necunoscut – greu sau imposibil de dovedit – la un fapt vecin și conex cu acesta, de asemenea necunoscut – dar ușor sau mai ușor de dovedit – și o dată de la acest fapt vecin și conex la un fapt probator³⁹⁷. Într-adevăr, faptul cunoscut, prin el însuși, nu are nici o forță probantă, fiind de altfel independent de obiectul litigiului. Numai printr-un raționament inductiv i se conferă și lui o valoare probantă. Probabilitatea existenței faptului necunoscut este apreciată ținând seama de un *factum probans* distinct³⁹⁸.

c) Articolul 1199 C. civ. se referă mai întâi la prezumțiile legale și apoi la cele judiciare. Istoriceste însă, procesul constituirii lor a fost invers: de la prezumțiile judiciare s-a ajuns și la unele prezumții legale. În procedura romană formulară au dominat prezumțiile de tip judiciar, unele dintre acestea, cu timpul, devenind atât de uzuale încât, în cadrul procedurii extraordinare, ele au fost consacrate, constituindu-se astfel primele prezumții legale³⁹⁹.

Canoniștii medievali au stabilit o ierarhie a prezumțiilor: prezumții temerare, înțelegând prin acestea prezumțiile de fapt foarte fragile; prezumții probabile, desemnând astfel printr-un pleonasm prezumțiile judiciare; prezumții violente, adică prezumțiile *iuris*; prezumțiile necesare, *iuris et de iure*; *evidentia rei*, comparabilă noțiunii de fapt notoriu sau de necontestat.

Totuși, ordinea în care sunt prezentate prezumțiile – mai întâi cele legale și apoi cele judiciare, în raport cu sursa acestora, nu ținând seama de evoluția lor istorică – ni se pare justificată: prezumțiile legale sunt sinteze de propoziții inductive, generalizate și sistematizate, asigurând interpretarea și rezolvarea unitară și coerentă a multelor și diverselor ipoteze particulare; unele dintre aceste prezumții sunt irepresibile, autocalificându-se astfel ca norme imperative și de interes general; firește, prin sursa lor, unele au o forță juridică superioară în raport cu prezumțiile judiciare sau,

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ J. Dupichot, op. cit., nr. 7.

³⁹⁹ Pe larg, a se vedea R. Decottignies, op. cit., nr. 11 și urm.

dacă, deși legale, sunt prezumții *iuris tantum*, care pot fi combătute prin orice mijloc de probă, totuși au întâietate în aplicare în raport cu cele judiciare; prezumțiile legale sunt, uneori, expresii de politică legislativă, opțiuni ale legiuitorului în pofida chiar a consilierii oferite de probabilitate, deformând chiar realitatea, dacă un asemenea procedeu este «oportun», în raport cu scopurile generale urmărite prin reglementare. Ele au fost chiar considerate reguli cu privire la fondul dreptului⁴⁰⁰, indiferent de statistica probabilității.

d) Dacă, în raport cu sensul etimologic al termenului «prezumție», prin aceasta vom înțelege „a o lua înainte” – *prae* și *sumere* –, a considera un lucru ca adevărat – *sumit pro vero, habet pro vero* – înainte însă de a se fi încercat probarea lui – *proe, id est antequam aliunde probetur* –, atunci devin mai greu de înțeles prezumțiile judiciare, constituite *a posteriori*, pe baza unor indicii, prezumții care – cum spune art. 1203 C. civ. – sunt „lăsate la luminile și înțelepciunea magistratului”.

Secțiunea a 3-a Interferențe și delimitări

27. Asemănări între ficțiuni și prezumții. Cel puțin două elemente sunt comune ficțiunilor și prezumțiilor: constituirea ca reper, în cazul amândurora, a *realității*; *caracterul lor artificial*.

Din alte perspective sau sub alte aspecte, alte câteva elemente comune celor două categorii pot fi de asemenea identificate: ambele pot fi considerate procedee de tehnică legislativă; aparent, ambele sunt fenomene limită, inseparabile sub acest aspect; uneori, ambele semnifică reguli de drept; ambele împiedică uneori fraudarea legii; din perspectiva adevărului, între ele există o oarecare analogie. Să mai adăugăm că, adeseori, esența deformatoare «congenitală» a ficțiunilor este foarte relativă, din moment ce – cum s-a spus – ele vin în întâmpinarea imperativelor vieții, semnificând o

⁴⁰⁰ H. Roland, L. Boyer, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Éditions L'Hermès, 3^e éd., 1992, nr. 319.

îmbinare între rigorile logicii și ale bunului simț. Bunăoară, pot fi considerate ficțiuni-reguli nominalismul monetar, prin ignorarea realității economice, sau reprezentativitatea sindicală, indiferent de efectivul real al organizației, și prezumții-reguli, de exemplu, prezumția de proprietate în favoarea posesorului de bună-credință, prezumția remiterii voluntare a datoriei dedusă din posesia de către debitor a titlului original, prezumția dobândirii dreptului de proprietate prin uzucapiune etc.

Insuficienta determinare a ficțiunilor și a prezumțiilor, dar și interconexiunile dintre acestea – uneori chiar prin dispozițiile legii – fac extrem de dificilă delimitarea între ele, antrenând chiar constituirea unor categorii mixte, contradictorii⁴⁰¹: ficțiuni-prezumții și prezumții-ficțiuni.

28. Delimitări între ficțiuni și prezumții. Asemănările dintre aceste două categorii implică și pericolul identificării lor.

Constituindu-ne ca reper dispozițiile art. 1199 și urm. C. civ., am spune dintr-un început că, în cazul «prezumțiilor simple», distincția între acestea și ficțiuni este necesară, evidentă și lesnicioasă⁴⁰²: prezumția este o regulă de probă, ficțiunea este o regulă de fond; prin prezumție – care este descriptivă – se săvârșește un act de cunoaștere, prin ficțiune – care este normativă – se săvârșește un act de voință; ficțiunea are o validitate deontologică, prezumția are o validitate ontologică; prezumția are ca obiect faptele și antrenează un raționament inductiv și deductiv⁴⁰³, ficțiunea vizează o realitate juridică și constă în abaterea de la această realitate, afirmând ceea ce nu există sau negând ceea ce există; prin definiție, probabilitatea pe care se sprijină prezumția (*de eo quod plerumque fit*) implică – sau ar trebui să implice, totdeauna –

⁴⁰¹ În opinia noastră, astfel de asocieri sunt inadmisibile: prezumția nu ignoră realitatea, ci o extrapolează, o amplifică, o generalizează; ficțiunea ignoră pur și simplu și deliberat unele elemente ale realității.

⁴⁰² A se vedea, de asemenea, împreună cu reperele bibliografice A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 184 și urm.

⁴⁰³ R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950, p. 11.

dovada contrară, ficțiunea nu este îndoielnică, ci deliberat falsă, ea semnificând o negare radicală, fără nici o excepție⁴⁰⁴, chiar dacă, uneori, «cantitativ», ea este conformă, parțial, cu unele elemente ale realității (*quod quandoque fit*); ficțiunea este *assumptio contra veritatem in re certa*, prezumția este *assumptio pro veritate in re dubio*. De la prezumții, care pot fi exacte, dar nu inevitabil, la ficțiuni, care, în mod cert, legitimează neadevărul, se parcurge de fapt drumul de la veritatea ipotetică la eroarea manifestă și voluntară.

În cazul ficțiunii, legiuitorul se plasează *a priori* și deliberat în afara realității, instituind bunăoară raporturi de rudenie, fără nici o legătură de sânge, între adoptat și adoptatorii săi; în cazul prezumției, legiuitorul nu ignoră realitatea, ci chiar se sprijină pe ea, dar pe una probabilă, «statistică», plauzibilă, considerând bunăoară că o anume vârstă biologică conferă discernământ și, în consecință, capacitate deplină de exercițiu.

În cazul ficțiunii, creația normativă a legiuitorului este rezultatul exclusivului lui voințe, din considerente de oportunitate sau de politică legislativă, postulate de pe platforma suveranității puterii lui de a legifera, zicând, prin propoziții normative, că «așa trebuie»; în cazul prezumției, uneori explicit, dar cel mai adesea implicit, legiuitorul își «motivează» creația normativă, ea fiind așadar mai puțin arbitrară, zicând, tot prin propoziții normative, că «așa ar trebui să fie», întrucât îndeobște astfel se întâmplă.

Ideea de probabilitate este cosubstanțială prezumției; aceeași idee este străină ficțiunii sau, cel mult, dacă se atașează acesteia, asocierea este întâmplătoare și cu siguranță involuntară.

Problema delimitării între prezumții și ficțiuni devine însă extrem de complicată dacă avem în vedere prezumțiile irefragabile, *iuris et de iure*, sau ea ar putea fi rezolvată extrem de simplu, zicând și noi – cum s-a spus⁴⁰⁵ – că între ele „nu există nici o diferență”, că prezumțiile irefragabile sunt, de asemenea, ficțiuni. O

⁴⁰⁴ J. Dabin (op. cit., p. 276) considera că o prezumție își conservă propria natură, fără să degenereze în ficțiune, și atunci când faptul probabil este neverosimil. În același sens L. Lecocq, op. cit., p. 28.

⁴⁰⁵ A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 188 *in fine* și nr. 189.

abordare mai de profunzime este, credem, necesară, deși concluzia la care vom ajunge este aceeași: *prezumțiile irefragabile sunt ficțiuni juridice*.

A devenit un loc comun afirmația că frecvența faptelor de aceeași natură justifică prezumțiile legale – *praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. Într-adevăr, «statistica», de cele mai multe ori, face inutilă o judecată circumstanțială, precum, bunăoară, în cazul prezumției de paternitate a copilului născut în timpul căsătoriei – *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Aserțiunea de la care am pornit – considerată loc comun – nu este însă totdeauna chiar atât de sigură și de lămuritoare precum pare. Un exemplu: potrivit art. 812 C. civ., dispozițiile în favoarea unui incapabil sunt nule, fie ele deghizate sub forma unui contract oneros, fie făcute în numele unor persoane interpuse, și „sunt reputate” ca persoane interpuse tatăl, mama, copiii și descendenții, precum și soțul persoanei incapabile⁴⁰⁶. Prezumția legală de interpunere este o prezumție irefragabilă, *iuris et de iure*, dispensând persoanele interesate să facă dovada simulației prin interpunere de persoane. Nici persoanele reputate de lege ca interpuse nu pot face dovada contrară prezumției de interpunere⁴⁰⁷.

Este unanimă aprecierea că dovada interpunerii de persoane este extrem de dificilă. Este o ipoteză aproape inverificabilă și de altfel neverificată. Dar atunci stăruie întrebarea: care este de fapt temeiul acestei prezumții?; în ce măsură se mai poate vorbi de o

⁴⁰⁶ Potrivit art. 749 din noul Cod civil, „(1) Dispozițiile în favoarea persoanelor și în condițiile prevăzute de art. 747 și 748 [dispozițiile în favoarea reprezentantului sau ocrotitorului legal și incapacitățile speciale, n.n.] sunt lovite de nulitate relativă sau, după caz, absolută, fie că ar fi deghizate sub forma unui contract oneros, fie că ar fi făcute pe numele unei persoane interpuse. (2) Sunt prezumate persoane interpuse: ascendenții, descendenții și soțul persoanei incapabile, precum și ascendenții și, dacă este cazul, descendenții soțului acesteia”.

⁴⁰⁷ Pe larg, a se vedea: F. Terré, Y. Lequette, Droit civil. Les successions. Les libéralités, Précis Dalloz, 3^e éd., Paris, 1997, nr. 308 și urm.; D. Chirică, Drept civil. Succesiuni și testamente, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 204 și urm.

probabilitate obiectivă?; nu este oare un raționament legislativ eronat? Dacă, cum ne spune art. 1199 C. civ., prezumțiile sunt consecințele ce legea le trage dintr-un „fapt cunoscut”, în contextul reglementărilor cuprinse de art. 812 C. civ., cum și în ce proporție a fost determinat „faptul cunoscut”? Realitatea poate fi alta, anume că, din considerente de politică legislativă, legiuitorul a înțeles să introducă o „nouă valoare” în sistemul de probațiune⁴⁰⁸, considerând pur și simplu și irepresibil că un fapt – posibil să nu fie adevărat – este totuși indiscutabil adevărat. Dar astfel ni se pare dificil de susținut că ne aflăm totuși în interiorul «prezumțiilor»; suntem, se pare, într-un cu totul alt domeniu – cel al «regulilor de drept».

Un alt exemplu care, în opinia noastră, dacă nu se acreditează ideea consacrării unei «reguli de drept», apropie prezumția irefragabilă de ficțiunea juridică sau chiar le identifică, fără să-și fi propus aceasta.

Adagiul *nemo censetur legem ignorare* sau *nemo ius ignorare censetur*⁴⁰⁹, convertit într-un principiu tutelar al dreptului, îndeosebi sub aspectul aplicării normelor acestuia, evocă, cum îndeobște se spune, prezumția *absolută* de cunoaștere a legii de la momentul aducerii ei la cunoștința tuturor celor interesați. La o primă aproximare – și păstrând sensul adagiului în spațiul prezumțiilor – este lesne să se spună că, precum în cazul tuturor celorlalte prezumții irefragabile, o probabilitate obiectivă justifică și acțiunea prezumției suverane de cunoaștere a legii, pentru a restabili – cum spunea J. Dabin – „armonia provizoriu distrusă între logică și viață”⁴¹⁰. Celebrul doctrinar preciza că, în opinia sa, este vorba de

⁴⁰⁸ P. Foriers, op. cit., p. 11-13.

⁴⁰⁹ Pentru o sinteză istorică, a se vedea Ch. Huberlant, La présomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, p. 187 și urm. A se vedea, de asemenea, I. Deleanu, Cunoașterea legii și eroarea de drept, în „Dreptul”, 2004, nr. 7, p. 38 și urm.

⁴¹⁰ La technique de l'élaboration du droit positif, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1935, p. 271.

o „prezumție și nu de o ficțiune”⁴¹¹. Probabilitatea cunoașterii legii este oare reală și convingătoare? Este sublimă ideea, dacă ne este permis să spunem astfel, că, bunăoară, la 3 zile de la data publicării legii în Monitorul Oficial, „toți oamenii muncii de la orașe și sate” cunosc deja legea⁴¹².

În concluzie, prezumțiile irefragabile nu-și au locul printre prezumții⁴¹³ – fiind un nonsens termenul de «prezumție» și natura irepresibilă a acesteia⁴¹⁴ – și aceste prezumții sunt de fapt ficțiuni, reguli de drept, care, în condiții restrictive, nu exclud posibilitatea invocării erorii de drept.

„Prezumțiile irefragabile realizează o reducere a condițiilor necesare pentru aplicarea unei soluții determinate, ceea ce înseamnă că ele dau naștere unor ficțiuni”⁴¹⁵; „Atunci când legiuitorul

⁴¹¹ *Ibidem*. În același sens Ch. Hubelard, op. cit., p. 191. Alți doctrinari califică adagiul în discuție ca ficțiune: P. Foriers, op. cit., p. 15; J. Rivero, op. cit., p. 101, 107; G. Bolant, op. cit., p. 230.

⁴¹² Pe larg, a se vedea *infra*, nr. 30 și urm.

⁴¹³ Dacă – așa cum precizează art. 1202 alin. (1) C. civ. – prezumția legală „dispensă de orice dovadă”, atunci ne întrebăm ce caută aceste prezumții în sistemul probator? Explicația dată este nu numai plauzibilă, dar și deconcertantă: interpretarea eronată de către Pothier a regulilor stabilite de vechii jurisconsulți; în timp ce aceștia făceau distincție clară între prezumții *iuris tantum*, prin care, într-adevăr, legea *prezumă*, și prezumții *iuris et de iure*, prin care legea *statuează*, Pothier – printr-o „confuzie de vocabular” – le-a asimilat pur și simplu, situându-le pe amândouă printre regulile de probă (C.B.M. Toullier, par J.-B. Duvergier, Le droit civil suivant l'ordre du Code, 6^e éd., vol. 5, Paris, nr. 39, p. 31, *apud* A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 189 *in fine*, împreună cu celelalte repere doctrinare). Este timpul să se îndrepte eroarea. Nu?

⁴¹⁴ Cum s-a mai spus, *fictio iuris*, metaforic vorbind, este o «plăsmuire», opusă realității și rebelă la confruntarea cu aceasta; *praesumptio iuris* este o ipoteză, o supoziție, întemeiată parțial pe realitate și deschisă confruntării cu aceasta, în «aspirația» ei de a se dovedi adevărată. Prezumția *iuris et de iure*, opusă *a priori* și categoric oricărei verificări, este o *contradictio in terminis*, degenerând într-o ficțiune.

⁴¹⁵ G. Wicker, Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, cit. *supra*, nr. 3.2.

crează o prezumție irefragabilă, el nu se sprijină pe probabilitatea faptelor, ci pe rațiuni de ordine publică de natură să motiveze crearea prezumției”⁴¹⁶.

⁴¹⁶ A.C. Angelesco, op. cit., p. 667. Precizăm doar că prezumțiile irefragabile protejează uneori și interese private [de exemplu, potrivit art. 1138 alin. (1) C. civ., când creditorul a remis debitorului titlul constatator al creanței sale, care este un înscris sub semnătură privată, se prezumă irefragabil că debitorul a fost liberat prin plată sau remitere de datorie].

Capitolul II

Ficțiuni legale

29. Precizări prealabile. Ficțiunile juridice nu sunt «apanajul» legii. Și, de altminteri, poate din cauza suspectelor rezonanțe semantice pe care le provoacă termenul «ficțiune», explicit, *in terminis*, legea califică o singură instituție ca «ficțiune» – reprezentarea succesorală (art. 664 C. civ.)¹. Paradoxal însă, așa cum vom încerca să demonstrăm, chiar aceasta nu este de fapt o «ficțiune juridică». Totuși, ficțiunile legale sunt nu numai dintre cele mai credibile, ca ficțiuni, purtând marca unei judecăți de valoare preelaborate chiar din partea autorității legiuitoare, dar și dintre cele mai stabile, aprioric imposibil de înlăturat, mai ales atunci când ele sunt postulate ca reguli de fond sau ca mijloace de probațiune intangibile.

Dar, în afara exemplului dat, ficțiunile legale sunt deduse, intuite din economia reglementărilor, înfățișându-se mai totdeauna sub forma unor prezumții legale irefragabile. Astfel cultivate, ocult, par a admite dintr-un început o «marjă de eroare» și par a îndemna la exercițiu intelectual iscoditor și creator. Prezumpția absolută, sacramentală parcă, de cunoaștere a legii, poate fi un exemplu în acest sens: nimeni nu știe de unde vine, nimic nu poate spune unde anume a fost consacrată legal, dar toată lumea o consideră un postulat².

Așadar, calificarea unor prezumții ca ficțiuni sau a unor ficțiuni ca prezumții este posibilă și poate scuzabilă, în orice caz nu

¹ Articolul 724 din proiectul Codului civil, reglementând de asemenea reprezentarea succesorală nu o mai califică, ci o descrie, înlăturând astfel un calificativ – ficțiune – care, de altfel, era impropriu. A se vedea și *infra*, nr. 48 și urm.

² Pe larg, a se vedea *infra*, nr. 30 și urm.

condamnabilă, mai ales atunci când acele prezumții fiind irefragabile, sânguința spre o calificare corectă se aseamănă zbaterii între Scylla și Charybda, prezumția absolută, *iuris et de iure*, putând fi chiar mai pernicioasă decât ficțiunea.

Nu ne-am propus să «scoatem la lumină» toate ficțiunile legale.

Ne-am mărginit, dimpotrivă, să aducem în atenție unele dintre aceste ficțiuni, care ni s-au părut a fi mai complexe și mai «moralizatoare», având forță de sugestie și pentru alte ipoteze.

Secțiunea 1

Nemo censetur legem ignorare

30. Cunoașterea legii. *Nemo censetur legem ignorare* sau *Nemo ius ignorare censetur* ori *Nemo legem ignorare censetur*.

În sensul său tradițional admis, dar, se pare, eronat, adagiul, devenit un loc comun, ar exprima, fetișizând, principiul conform căruia nimeni nu se poate apăra invocând ignoranța sau eroarea sa în drept. Termenii «ignoranță» și «eroare» sunt, în context, sinonimi³: ignoranța este absența cunoașterii, eroarea este o cunoaștere

³ Consecințele lor juridice sunt aceleași, așa încât, sub aspectul aplicării adagiului, nu este cazul să se distingă, deși cele două noțiuni – cum subtil remarcă Savigny – nu trebuie confundate: „Numim «eroare» acea stare intelectuală în care ideea despre realitate este întunecată și ascunsă printr-o idee falsă. Totuși, punctul esențial este aici absența de idee adevărată, căci se poate să nu avem nici o noțiune despre un lucru, fără să avem o noțiune falsă. Aceasta este diferența fundamentală care există între eroare și ignoranță, deși efectele lor juridice sunt absolut aceleași. Va trebui deci, pentru mai multă exactitudine, să nu vorbim niciodată decât de «ignoranță», întrucât cuvântul exprimă în generalitatea lui cea mai înaltă stare defectuoasă a inteligenței” (*apud H. Roland, L. Boyer, Locutions latines et adages du droit français contemporain*, III, Adages, M à Z, Éditions L’Hermes, 1979, p. 194).

inexactă, considerând ca adevărat ceea ce este fals sau considerând ca fals ceea ce este adevărat⁴.

În pofida faptului că originea adagiului este încă enigmatică⁵, precum și a faptului că el nu a dobândit o formă scrisă printre regulile dreptului, totuși, adagiul, a fost convertit într-un principiu tutelar al dreptului, îndeosebi sub aspectul aplicării normelor acestuia, fiind postulat ca prezumție absolută, irefragabilă a dreptului, pentru a restabili – cum spunea J. Dabin – „armonia provizoriu distrusă între logică și viață”⁶.

Sensul adagiului este însă altul decât acela care a fost cultivat în timp. El nu semnifică prezumția cunoașterii legii în orice circumstanțe, ci numai că legea are forță obligatorie față de toți, chiar față

⁴ *Ignorantia sumitur in mala parte, qui scilicet debet scire et ignorat (...) error autem est cum aliud est quam credam* – se spunea în Glose.

⁵ Un autor depunea mărturie că formulele prin care se exprimă adagiul nu sunt întâlnite în nici unul din textele dreptului roman (*Ch. Huberlant, La présomption de connaissance de la loi dans le raisonnement juridique, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, Études publiées par Ch. Perelman et P. Foirers, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1974, p. 187*). Indirect însă, prin distincția făcută în *Digeste* între ignoranța de fapt, scuzabilă, și ignoranța de drept, inscuizabilă, esența adagiului este prezumată: *Ignorantia enim iuris excusatur non facti; Iuris quidem ignorantiam nocere, facti vero ignorantiam non nocere*. În Codul lui Iustinian întâlnim însă nu numai substanța adagiului, dar și motivarea lui. Dreptul canonic, printr-un ansamblu elaborat de reguli, a admis într-o largă măsură invocarea ignoranței în drept, ceea ce, de altfel, s-a și reluat în Codul de drept canonic din 1917. În Vechiul Drept, problema erorii a fost abordată în aceeași manieră ca și în dreptul canonic, cu condiția ca eroarea să fie invincibilă (pentru alte detalii, a se vedea *Fr. Terré, Le rôle actuel de la maxime Nul n’est censé ignorer la loi, în „Études de droit contemporain”, Cujas, Paris, 1966, p. 93 și urm*). Ceea ce este esențial a se reține, atât din dreptul canonic, cât și din Vechiul Drept, constă în faptul că postulatul semnifică altceva: legea are forță obligatorie față de toți, chiar față de aceia care au ignorat-o. Acesta este sensul adagiului, sens la care trebuie să ne atașăm.

⁶ *La technique de l’élaboration du droit positif*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1935, p. 271.

de aceia care au ignorat-o; altfel zis, el semnifică faptul că, în lipsa unor excepții, nimeni nu se poate sustrage de la aplicarea sau respectarea legii, invocându-și ignoranța sau eroarea comisă⁷. Din acest motiv, s-a considerat că adagiul nu este un obstacol pentru invocarea erorii de drept. El semnifică numai că nimeni nu poate să se sustragă aplicării legii, sub pretextul că a ignorat-o; problema influenței erorii de drept asupra validității unui contract este însă cu totul diferită: este vorba de a ști dacă în legătură cu acel contract consimțământul a fost sau nu viciat⁸.

Altminteri, cultivând sensul tradițional al adagiului – prezumția cunoașterii legii de către toți cei interesați – ne reîntoarcem la câteva malițioase observații: cunoașterea legii și posibilitatea de a o fi cunoscut este același lucru; deși pentru toți ceilalți ești un ignorant în drept, legea însăși te consideră indubitabil cunoscător al ei; orice persoană, *nolens-volens*, este considerat jurist, chiar în pofida

⁷ În acest sens, a se vedea, bunăoară: Ch. Huberlant, op. cit., p. 190, 191; A. Bayart, *Peut-on éliminer les fictions en droit?*, în vol. „Les présomptions et les fictions en droit”, cit. *supra*, p. 32-34; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, revu et complété par G. Ripert, t. I^{er}, 4^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1948, nr. 185; G. Marty, P. Raymond, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 1962, nr. 128; R. Decottignies, *Les présomption en droit privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950, p. 49; Al. Weill, Fr. Terré, *Droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., Dalloz, 1979, nr. 121; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 5^e éd., Précis Dalloz, 1993, nr. 216; J. Ghestin, *Erreur*, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. V, nr. 42; *Idem*, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, nouveau tirage avec mise à jour, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1971, nr. 46; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 9^e éd., Armand Colin, 2000, nr. 200.

⁸ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., nr. 200; J. Ghestin, *Erreur*, cit. *supra*, nr. 42; G. Marty, P. Raynaud, op. cit., nr. 128. Este de remarcat faptul că, la materia contractelor, în contextul reglementărilor despre consimțământ, art. 932 din proiectul Codului civil admite invocarea erorii de drept: „Eroarea de drept atrage anularea contractului când este singura ori principală sa cauză”.

dorinței lui; astfel adagiul supraviețuiește, cu toate că marea legislativă inundă înțelegerea chiar și a celor mai pricepuți; multiplicarea legilor asfixiază legile, așa încât trebuie fie să acceptăm că un cizmar are toate calitățile unui doctor în drept, fie să acceptăm că, de fapt, cunoașterea legilor este rezervată unui număr mic de oameni privilegiați⁹. Într-adevăr, multiplicarea geometrică a textelor legale, incomprehensiunea multora dintre acestea, insuficiența și inaccesibilitatea mijloacelor de comunicare, incoerența și instabilitatea reglementărilor, imposibilitatea cunoașterii «efective» și alte asemenea împrejurări le-a justificat unor autori – la care ne alăturăm – calificarea prezumției de cunoaștere a legii ca fiind o „magnifică ficțiune”¹⁰.

Nu poate surprinde faptul că, în ambianța atâtor dileme sau poziții adversative, natura însăși a adagiului este încă controversată: prezumție, ficțiune sau prezumție-ficțiune?

30.1. Îndeobște s-a considerat și se consideră că adagiul *nemo censetur legem ignorare* este o *prezumție de cunoaștere a legii*, chiar una *irefragabilă*. Aserțiunea ni se pare a fi extrem de discutabilă.

a) Mai întâi stăruie întrebarea: cum poate să derive o prezumție atât de drastică și cu consecințe atât de grave, ce nu pot fi disimulate, dintr-un simplu adagiu, a cărui origine este încă enigmatică? Rațiunile invocate în sprijinul adagiului – interesul general, stabilitatea socială, eficacitatea legii, armonia între starea de fapt și starea de drept, prevenirea anarhiei în condițiile în care autoritatea legii ar fi dependentă de circumstanțele proprii fiecărui individ, impera-

⁹ Apud H. Roland, L. Boyer, op. cit., p. 194; Ch. Huberlant, op. cit., p. 186.

¹⁰ Suficient să spunem că, abstracție făcând de întregul fond activ al legislației, între anii 1990-2004 s-au adoptat peste 4.000 de legi, peste 1.300 de ordonanțe de urgență, peste 1.000 de ordonanțe și peste 17.000 de hotărâri ale Guvernului. *Non omnia possumus omnes* – nu toată lumea are toate aptitudinile. Cum s-a spus, a pretinde cuiva să cunoască toate legile ar fi tot atât de pretențios ca și atunci când i s-ar pretinde să cunoască toate faptele (J. Kocsis, Unele aspecte teoretice și practice privind eroarea de drept, în „Dreptul”, 1992, nr. 8, p. 42).

tivele sau exigențele statului de drept – evocă forța implacabilă a adagiului, nu suportul acestuia. Este de altfel de observat că, chiar la nivelul dispozițiilor constituționale, prezumția absolută de cunoaștere a legii nu poate fi decât dedusă, în subtextul unor dispoziții. Articolul 78 din Constituție arată că „legea se publică în Monitorul Oficial al României și intră în vigoare la 3 zile de la data publicării sau la o altă dată ulterioară prevăzută în textul ei”. Din acest text putem doar deduce că faptul material juridic al publicării constituie premisa majoră a cunoașterii «legii»¹¹ și, pe cale de consecință, considerându-se a fi cunoscută, ea este opozabilă față de toți¹². Ar rezulta însă astfel, paradoxal, că prezumția cunoașterii

¹¹ Strict formal, în context, contrar a ceea ce semnifică adagiul, termenul «lege» pare a fi restrictiv, el necuprinzând toate actele normative susceptibile de publicare.

¹² Am considerat că pentru calculul celor 3 zile, în lipsa unor dispoziții exprese contrarii, urmează să fie observate prevederile comune de la art. 101 C. proc. civ., termenul calculându-se pe „zile libere”, numai astfel fiecare zi fiind «utilă» pentru cunoașterea «efectivă» a legii (a se vedea *I. Deleanu*, Revizuirea Constituției, în „Dreptul”, 2003, nr. 12, p. 23). Totuși, mai recent, exprimând total atașament față de Decizia Curții Constituționale nr. 233/1999, publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 638 din 28 decembrie 1999, s-a considerat că „termenul de 3 zile prevăzut pentru intrarea în vigoare a legii se calculează pe zile calendaristice, fiind exclusă posibilitatea calculării sale pe zile libere”, întrucât „aplicarea legii în sfera dreptului public este supusă regulii în virtutea căreia termenele se calculează pe zile pline” – *I. Vida*, Antinomii intraconstituționale, în „Pandectele Române”, Ed. „Rosetti”, București, 2004, nr. 1, p. 190. Același subtil autor spunea, de asemenea, într-un și mai recent și substanțial studiu, că „intrarea în vigoare a legii ține de sfera dreptului public și este supusă regulii în virtutea căreia termenele, în acest domeniu, se calculează pe zile pline, în sensul că se include în termen și ziua în care el începe să curgă și ziua în care el se împlinește” – *I. Vida*, Acțiunea normei juridice în timp, în „Dreptul”, 2004, nr. 12, p. 85. Nu ni s-a spus însă unde se află „regula” despre care se face vorbire și care ar avea semnificația unei derogări de la norma comună. Decizia Curții Constituționale nr. 233/1999 invocată ca argument constituie ea însăși o problemă pentru că, potrivit art. 2 alin. (3) din Legea nr. 47/1992, Curtea „se pronunță numai asupra constituționa-

lității actelor cu privire la care a fost sesizată, fără a putea modifica sau completa prevederile supuse controlului”. În opinia noastră, se constată înclinația spre un «legalism discreționar», improvizat, care anulează scopul pentru care legiuitorul constituant a prevăzut cele 3 zile pentru intrarea în vigoare a legii, mai ales în condițiile în care nici o normă a dreptului nu consacră încă, explicit, ca regulă de drept adagiul *nemo censetur legem ignorare*. Decizia invocată n-a fost decât un expedient într-o situație limită, constând în sesizarea Curții cu o obiecție de neconstituționalitate în chiar ziua promulgării și a publicării legii. Apoi, în concepția Curții Constituționale stăruie un viciu de metodă: legea nu trebuie să prevadă altfel pentru a se aplica „regulile comune” de calcul al termenelor, ci, eventual, pentru a nu se aplica aceste reguli, cum bunăoară, o asemenea abatere s-a făcut prin dispozițiile art. 86 alin. (1) din Legea nr. 68/1992, instituindu-se sistemul «termenului inclusiv» de calcul. Așa fiind, nu prin „argumente extrase din domeniul dreptului privat”, ci, întâi și mai întâi, printr-o regulă de bun simț am considerat că termenul de 3 zile trebuie calculat pe zile libere, afară doar dacă ne însușim supoziția autorului că „termenul de 3 zile nu este un termen pentru cunoașterea legii (!), ci pentru a se lăsa cetățeanului posibilitatea de a nu fi luat prin surprindere de apariția unei noi legi” (!); „cunoașterea este un act care intervine ulterior apariției legii și presupune o manifestare de voință în acest sens” [s.n.]. Dacă am înțeles bine, o dată spulberată surprinderea, cetățeanul trebuie să-și exprime voința de a cunoaște legea. Față de cine să și-o exprime? Și dacă nu și-o exprimă? «Ghilotinarea» prin prezumția absolută de cunoaștere a legii totuși se produce, indiferent de reflecțiile cetățeanului pe parcursul celor 3 zile. Aceasta este drama pe care i-o procură fatidica prezumție. Pentru un studiu mai larg în această problemă, a se vedea *C.-L. Popescu*, Data intrării în vigoare a actelor normative, în lumina dispozițiilor constituționale revizuite, în „Dreptul”, 2004, nr. 4, p. 23 și urm. Ne îngăduim câteva precizări și observații. Autorul demonstrează, cu argumente subtile, riguroase și pertinente, că dispozițiile art. 78 din Constituție trebuie interpretate *ratione materiae* ca fiind aplicabile tuturor actelor normative, inclusiv celor care sunt aduse la cunoștință publică prin alte mijloace decât publicarea în „Monitorul Oficial al României”, concluzie la care încă o dată subscriem. În opinia autorului, la care de asemenea subscriem, jurisprudența Curții Constituționale, în această problemă, nu are „nici o motivare” (p. 25). De acord că în privința ordonanțelor de urgență ale Guvernului există reguli constituționale speciale exprese, în sensul că, sub rezerva depunerii anterioare la

Parlament pentru aprobare, ele intră în vigoare după publicare în Monitorul Oficial al României – art. 115 alin. (5) din Constituție. Așadar, ordonanța de urgență intră în vigoare „imediat la data publicării ei oficiale” (p. 36). Este însă necesar ca ori de câte ori se impune, Guvernul însuși să înscrie o altă dată pentru intrarea în vigoare a ordonanței de urgență, ulterioară publicării. Aceasta, cu atât mai mult cu cât, în condițiile constituționale actuale, s-a legitimat posibilitatea, în principiu, de a se adopta ordonanțe de urgență și în domeniul legilor organice. Or, este anacronic să se admită că o lege organică intră în vigoare la 3 zile de la publicarea ei, dar actul normativ ce i se substituie intră în vigoare chiar la data publicării. Pentru a ajunge la o concluzie, de altminteri corectă, autorul consideră că între legile ordinare și organice „nu există nici o ierarhie, nici o diferență sub aspectul forței lor juridice” și că, de fapt, nici nu există o procedură pentru controlul respectării presupusei ierarhii” (p. 27, 29). Ni se pare însă că nu trebuie ignorat faptul că legile organice au ca obiect de reglementare «materii constituționale», așa încât, din acest motiv, ele au o forță juridică superioară legilor ordinare. Sancțiunea nerespectării acestei ierarhii este indirectă, legea ordinară putând fi considerată neconstituțională pentru că s-a «intruzionat» într-un domeniu rezervat în exclusivitate legilor organice. Autorul consideră, de asemenea, că „tot acte cu forță egală cu a legii” sunt și „Regulamentele Parlamentului” (p. 27). În opinia noastră, nici un text constituțional nu justifică o asemenea aserțiune. De altminteri, atunci când regulamentul aparține unei singure Camere, este de ordinul evidenței «aritmice» că el nu poate avea forța legii, care se adoptă de ambele Camere și este supusă promulgării. Rămâne substanțială observația autorului că, prin Hotărârea Curții Constituționale nr. 3/2003, care a statuat expres că Legea de revizuire a Constituției intră în vigoare „la data publicării prezentei hotărâri”, se ignoră data intrării în vigoare a Legii nr. 429/2003 de revizuire a Constituției, adică 29 octombrie 2003. În fine, autorul opinează că art. 156 din Constituție vizează legea de revizuire a Constituției, „după adoptarea ei de Parlament, dar înainte de desfășurarea referendumului național” (p. 32). Într-adevăr, prin referendumul constituțional, legea de revizuire nu este «adoptată», ci «aprobată». Considerăm însă că legea de revizuire trebuie încă o dată publicată, după aprobarea ei prin referendum, întrucât numai urmare a referendumului revizuirea devine definitivă și efectivă. Prima publicare se face în scopul cunoașterii legii de revizuire pentru eventuală aprobare prin referendum; a doua publicare, după referendum, se face în scopul aplicării Constituției. «Cauza» publicării este deci diferită. Oricum, Legea nr. 24/2000

legii se sprijină ea însăși pe o prezumție: concluzia ce rezultă din silogismul având ca premisă publicarea legii. Textul articolului menționat nu cuprinde nici o mențiune cu privire la consecința ce rezultă din nepublicarea legii: inexistența legii. O asemenea precizare s-a făcut la art. 108 alin. (4) din Constituție, însă numai pentru hotărârile și ordonanțele adoptate de Guvern: „Nepublicarea atrage inexistența hotărârii sau a ordonanței”. Aceeași consecință cât privește legile n-ar putea fi dedusă pe baza argumentului *a fortiori*, operabil dacă precizarea ar fi privit legile, ci, eventual, pe baza argumentului *a simili ad simile* – legiuitorul, reglementând o situație, a stabilit toate celelalte cazuri similare – sau, mai convingător, pe baza unui alt adagiu: *eadem est legis ratio ubi eadem est legis dispositio* – acolo unde rațiunea de a fi a legii este aceeași și dispoziția legii este aceeași. Oricum, ar opera o extrapolare discutabilă: de la un act subsecvent legii și subordonat ei la un act ierarhic

trebuia modificată și în considerarea celor arătate. Modificarea și completarea Legii nr. 24/2000 s-au făcut prin Legea nr. 189/2004 („Monitorul Oficial al României”, nr. 463 din 24 mai 2004). S-au făcut însă surprinzător și dezolant: „Legile și ordonanțele emise de Guvern în baza unei legi speciale de abilitare intră în vigoare la 3 zile de la data publicării în Monitorul Oficial al României. Termenul de 3 zile se calculează pe zile calendaristice, începând cu data publicării și expiră la ora 24,00 a celei de-a treia zi de la publicare” [s.n.] – art. 10¹ din lege, nou introdus. Prin acest sistem de calcul s-a realizat o abreviere a termenului constituțional de 3 zile, în dauna tuturor subiectelor de drept, care – și așa –, într-un termen atât de scurt, trebuie să-și procure Monitorul Oficial și să «analizeze» legile și ordonanțele. Sistemul de calcul contrazice de altfel sensul expresiei din Constituție și din lege: „la 3 zile de la data publicării”. Pentru ca toate cele 3 zile să fie «efective», ele trebuie să fie «întregi», neintrând în calcul ziua publicării. Mai surprinzător însă, cât privește „toate celelalte acte normative”, potrivit aceluiași articol 10¹ din lege, ca regulă, acestea „intră în vigoare chiar la data publicării lor în Monitorul Oficial al României” [s.n.]. Or, tocmai aceste acte – ordine, instrucțiuni, regulamente etc. – ca acte de detaliere și precizare a condițiilor de aplicare a actelor normative pe temeiul cărora sunt emise, au adeseori o importanță capitală pentru cei interesați. În locul altor comentarii, readucem în atenție o veche butadă: „legea e bună, dar instrucțiunile te omoară”.

superior celui constituit ca termen de referință pentru extrapolare. Textul art. 108 alin. (4) din legea fundamentală are însă el însuși un neajuns: nu prevede termenul minim de 3 zile – ca și în cazul legilor – de la momentul publicării, considerat – iarăși o prezumție! – ca insuficient pentru cunoașterea efectivă a actului normativ publicat. Ar rezulta astfel – ceea ce ni se pare a fi inadmisibil în noua economie a dispozițiilor constituționale – că, pe când opozabilitatea legii operează la 3 zile de la data publicării, în cazul hotărârilor și al ordonanțelor opozabilitatea operează din chiar momentul publicării¹³. Considerăm că de această dată, având ca sprijin

¹³ Pentru a ajunge la aceeași concluzie s-a pornit de la ideea că dispozițiile art. 78 din Constituție au în vedere noțiunea de «lege» *lato sensu*, prin «lege» înțelegându-se orice act normativ care se publică în Monitorul Oficial al României (*I. Vida*, op. cit., p. 189). În ce ne privește, achiesând și la acest argument, nu vedem însă, în situația examinată, o „antinomie infraconstituțională”, ci considerăm a fi în prezența unei lacune legislative, care poate fi complinită prin interpretare. Autorul consideră însă că aplicarea art. 78 din Constituție și în cazul ordonanțelor de urgență „nu este posibilă, deoarece ordonanțele de urgență sunt justificate pe plan constituțional de existența unei situații a cărei reglementare nu poate fi amânată”, așa încât intrarea acestora în vigoare „este derogatorie, în sensul că ea operează de la data publicării în Monitorul Oficial al României” (*ibidem*, p. 189, 190). Dacă privim eficacitatea ordonanțelor de urgență doar la modul teoretic și abstract, se poate judeca și în modul ce ni s-a propus. Privind însă lucrurile lucid, pragmatic, de oricâtă imaginație am da dovadă, nu vedem cum toate subiectele de drept interesate de dispozițiile ordonanței de urgență ori toți cei cărora li se pot opune aceste dispoziții erau în măsură să le cunoască în chiar ziua publicării. Preferabil deci să fim realiști, nu idealiști (procedeuul faxului, la care uneori și penibil s-a recurs, pentru ca măcar magistrații să cunoască noile dispoziții cu privire la competență sau la alcătuirea completelor de judecată, rămâne cu totul original și impracticabil la scară națională). Prin art. 10¹, introdus de Legea nr. 189/2004, legiuitorul a «rezolvat» aceste dileme, într-un mod însă extrem de discutabil, contrar așteptărilor: ordonanțele de urgență ale Guvernului intră în vigoare la data publicării (dacă această dată coincide cu data depunerii lor la Camera Parlamentului competentă să fie sesizată, nici măcar Biroul acesteia nu este efectiv în măsură să le cunoască).

principiul *ubi eadem ratio*, poate fi prevalat argumentul *a fortiori*, pentru a deduce efectivitatea hotărârii sau a ordonanței la 3 zile de la data publicării, dacă nu s-a prevăzut un alt termen ulterior publicării. Asemenea ipotetice concluzii nefiind simple speculații teoretice, ci încercări de a găsi soluții unor situații de natură să atragă grave consecințe, sub semnul adagiului *nemo consetur legem ignorare*, ar trebui înlocuite cu dispoziții exprese și neechivoce.

În același scop – de a găsi un text normativ de sprijin pentru adagiul aici discutat – s-ar putea aduce în atenție dispozițiile art. 1 alin. (5) din Constituție: „În România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”. Numai că, iarăși, textul evocând forța obligatorie a legii, doar pe calea unui polisilogism s-ar putea ajunge la prezumția cunoașterii legii; nu însă în sensul tradițional al adagiului, ci în sensul propus: legea are forță obligatorie, chiar dacă ai ignorat-o sau ai fost în eroare.

Să mai observăm că printre îndatoririle fundamentale prevăzute de Constituție nu se află și aceea de cunoaștere a «legilor», în sensul general al acestui termen. O îndatorire care, chiar dacă ar fi fost prevăzută, nu putea implica o altă sancțiune decât imposibilitatea de a invoca necunoașterea legii.

b) Într-o altă ordine de idei, să observăm că adagiul convertit practic într-o regulă de drept, cel puțin în reglementarea actuală, nu poate fi considerat o «*prezumție legală*», întrucât de esența unei asemenea prezumții, prin definiție, este speciala ei consacrare prin lege. Mai mult însă, prezumțiile legale fiind determinate special, ele sunt limitative și de strictă interpretare, nesusceptibile așadar de extindere prin asemănare și la alte cazuri, neprevăzute de lege, chiar dacă, rațional, acest lucru s-ar impune. Or, prezumția cunoașterii legii se află situată în afara sistemului prezumțiilor legale; ea a fost pur și simplu acceptată ca atare, prin vădită abatere și de la dispozițiile art. 1199 C. civ.: „Prezumțiile sunt consecințele ce legea (...) trage din un fapt cunoscut la un fapt necunoscut” [s.n.].

c) Abstracție însă făcând de cele arătate, calificarea ca prezumție a regulii că legea este cunoscută compromite sau dezavuează însuși conceptul de «prezumție».

Prezumțiile sunt conjecturi întemeiate pe probabilitate. Fără temei probabilistic nu există prezumție. Ca procedeu de tehnică legislativă, esența prezumției constă în transformarea unei probabilități în certitudine sau, admitând un pleonasm și un paradox, într-o «certitudine probabilă». Pornind de la faptul cunoscut, se admite cea mai probabilă ipoteză – *praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*, cum a spus Cuiacius.

Or, cât privește prezumția de cunoaștere a legii, tot ceea ce știm este „publicarea” legii „în vederea cunoașterii ei”. Nimic altceva pe care să se întemeieze probabilitatea cunoașterii. Cu alte cuvinte, nu există un «certificat statistic» care să justifice prezumția că, odată legea publicată și odată împlinit termenul de 3 zile de la publicarea ei, legea este cunoscută de majoritatea celor interesați. Pe de altă parte, cum probabilitatea dobândește valoare pentru cunoaștere numai atunci când este supus observării un număr mare de fapte de același fel, nu poate fi decât absurdă, hilară chiar ideea cunoașterii spontane, instantanee a legii chiar la momentul împlinirii celor 3 zile de la publicarea ei.

Cunoașterea legii trebuie așadar să fie extrasă din categoria prezumțiilor – și mai ales a celor irefragabile – și plasată în categoria ficțiunilor juridice¹⁴.

30.2. Într-o opinie de incontestabilă autoritate, s-a considerat – printr-un argument de ordinul evidenței aritmetice, pe care, categoric trebuie să ni-l însușim – că principiul *nemo censetur ignorare legem* este o «prezumție fictivă», căci „*plerumque fit* este mai degrabă ignoranța decât cunoașterea legii”¹⁵.

Ne îngăduim însă serioase rezerve față de categoria hibridă a «prezumțiilor-ficțiuni» sau a «ficțiunilor-prezumții».

¹⁴ A se vedea, împreună cu aparatul bibliografic I. Deleanu, Ficțiunile juridice – conotații și încercare de sinteză, în „Culegere de studii”, „Pandectele Române”, supliment, Ed. „Rosetti”, București, 2004, p. 18 și urm. Pentru calificarea ca ficțiune, a se vedea, de asemenea, I. Vida, Acțiunea normei juridice în timp, în „Dreptul”, 2004, nr. 12, p. 82, 83.

¹⁵ H. Roland, L. Boyer, op. cit., p. 195.

Probabilitatea este de esența prezumțiilor, ea constituie chiar fundamentul obiectiv al acestora; ficțiunile nu se corelează probabilității sau, chiar dacă ele corespund unei probabilități, relația cu probabilitatea este întâmplătoare. Așa fiind, orice asociere între prezumții și ficțiuni, sub aspectul discutat, rămâne paradoxală.

În esență, adagiul *nemo censetur legem ignorare, mutatis mutandis*, poate fi examinat în aceleași circumstanțe: la fundamentul acestuia nu se află o probabilitate obiectivă.

30.3. Din considerentele deja arătate, cunoașterea legii – după expirarea termenului prefix de la publicarea ei – este o ficțiune și, fără nici o conotație peiorativă, am spune chiar că este o «sublimă» ficțiune, rezolvând *in globo*, pragmatic, surprinzător de simplu și inhibant de tranșant diversele și complicate probleme care apar în procesul aplicării legii, mai exact, al opozabilității ei *erga omnes*.

Concluzia ni se pare nu numai corectă, dar ea este și benefică: dacă împotriva prezumției *iuris et de iure* nu se poate face dovada contrară – adică, pentru ceea ce aici ne interesează, nu se poate invoca eroarea de drept – împotriva unei reguli juridice ficționale, chiar imperative, dar nu de ordine publică, considerăm că eroarea de drept poate fi invocată, în condițiile restrictive la care ne vom referi.

31. Eroarea de drept. În termeni de dicționar, *eroarea* constă într-o falsă reprezentare a realității. Reperul îl constituie deci «realitatea», iar factorul psihologic explică mecanismul erorii: considerarea ca adevărat a ceea ce este fals sau considerarea ca fals a ceea ce este adevărat. Realitatea la care se raportează eroarea poate fi una «de fapt» sau una «juridică»¹⁶. Nu există nici un motiv să se distingă esențialmente între două forme de eroare – cea de

¹⁶ Este semnificativ faptul că eroarea a fost definită ca „falsă reprezentare asupra unei situații de fapt ori asupra existenței unui act normativ” (Dicționarul explicativ al limbii române, ed. a II-a, Ed. „Univers enciclopedic”, București, 1998, p. 347). Definiția ar putea fi întregită: eroarea poate privi nu doar „existența” unui act normativ, ci și înțelesul sau sensul reglementării.

fapt și cea juridică¹⁷. Logic și echitabil, ele nu pot avea un regim juridic absolut opus: una admisibilă, iar cealaltă nu. Ele sunt «varietăți» de eroare, care, de altfel, cum vom mai preciza, adeseori sunt greu de disociat și se complinesc: în dreptul penal, eroarea de drept a fost asimilată erorii de fapt; în dreptul civil, eroarea de drept se realizează prin intermediul celei de fapt.

În sfera raporturilor juridice, *voința* constituie ea însăși o sursă de drept, cu condiția însă să fie exprimată în deplină cunoștință de cauză. Voința este valorizată în funcție de realitatea exterioară, care îi constituie suportul. Divergența între voință și realitate – materială sau juridică – semnifică «eroare». Dacă această contradicție între convingere și realitate a avut o influență determinantă la încheierea actului juridic, consimțământul părții a fost viciat și, în consecință, se poate pune în discuție valabilitatea actului¹⁸.

Detășându-se de sensul tradițional și deformat al adagiului *nemo censetur legem ignorare*, jurisprudența și doctrina din alte țări – dar, în context, întrucât există identitate de reglementare, îndeosebi în materie civilă, ne referim la cea franceză – considerând, în principiu, ca fiind admisibilă invocarea erorii de drept, au încercat să-i fundamenteze admisibilitatea din perspective diferite¹⁹. Bunăoară, s-a evocat existența bunei-credințe, aceasta îndeplinind rolul de «mobil» în justificarea erorii; s-a invocat aparența *error communis*, spunându-se că de vreme ce toți ceilalți au fost în eroare, tot în eroare s-a putut afla și persoana în cauză, autor sau coautor al actului juridic; s-a recurs la interpretarea «îndrăzneță» a dispozițiilor legale cu privire la viciile de consimțământ asupra «substanței» obiectului convenției; în numele unei

¹⁷ Articolele 931 și 932 din proiectul Codului civil reglementează distinct eroarea de fapt și eroarea de drept. Cum însă vom mai preciza, eroarea – considerată de fapt – asupra substanței obiectului poate fi, cel puțin uneori, considerată ca eroare de drept.

¹⁸ „Eroarea de drept atrage anularea contractului când este singura ori principala sa cauză” – precizează art. 932 din proiectul Codului civil.

¹⁹ Pentru o sinteză, a se vedea R. Decottignes, *L'erreur de droit*, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 1951, p. 312 și urm.

justiții comutative, pe care o evocă teoria cauzei, s-a încercat transpunerea acesteia și în domeniul erorii. Indiferent însă de perspectivele abordării, nota comună a acestora a constituit-o și o constituie justificarea admisibilității erorii de drept.

Întrucât, acum, opțiunea cât privește fundamentul erorii de drept rămâne între cele două teorii – teoria cauzei și teoria viciului de consimțământ – câteva considerații asupra acestora credem că sunt necesare, pentru a înscrie în cele din urmă eroarea de drept în articulațiile uneia dintre aceste teorii.

31.1. Într-o opinie, larg și substanțial argumentată, prin examinarea punctuală și nuanțată a diverselor situații în care s-ar pune problema erorii de drept, în legătură cu norme imperative, s-a considerat că cele două teorii avansate în jurisprudență și în doctrină pentru fundamentarea admisibilității erorii de drept – teoria viciului de consimțământ și teoria cauzei – nu numai că sunt compatibile, dar, cel puțin în unele situații, ele se complinesc²⁰. Astfel, în cazul erorii asupra existenței drepturilor derivate din actul juridic încheiat, în condițiile unui regim juridic diferit aplicabil diverselor situații (plata unei datorii care n-a existat, cumpărarea lucrului altuia, constituirea unei ipotecii asupra imobilului altuia etc.), numai teoria cauzei poate aduce un răspuns satisfăcător și cuprinzător – absența cauzei, cauza falsă sau ilicită –, eroarea având doar funcția unei probe în legătură cu un act care *a priori* era inutil, nesusceptibil de executare. În cazul erorii cu privire la conținutul drepturilor, ar fi vorba de o eroare viciu de consimțământ asupra motivului determinant, o astfel de eroare nu mai îndeplinește doar o funcție probatorie, ci este chiar condiția de fond a anulării, dar, uneori, pe temeiul viciului de consimțământ, alteleori pe temeiul absenței cauzei ori a falsității ei. Cum spunea autorul, nu sunt „exemple de bizantinism” juridic: „La mijlocul drumului între teoria viciilor de consimțământ și teoria cauzei, eroarea de drept împrumută de la fiecare o parte din forța sa”²¹.

²⁰ *Ibidem*, p. 312 și urm.

²¹ *Ibidem*, p. 330.

Ideea legăturii dintre eroarea de drept și noțiunea de cauză are precursori celebri și, la epoca aceea, o largă și constantă susținere jurisprudențială²², zicându-se, în esență, că înșelându-se asupra unei reguli legale, autorul actului realizează o operațiune care, prin definiție, nu poate să-i procure rezultatul sperat; cauza actului fiind falsă, actul este lovit de nulitate. Eroarea asupra substanței – inclusiv deci eroarea de drept – n-ar fi decât un caz de aplicare a conceptului de „falsă cauză” sau, într-o opinie, a noțiunii de „absență a cauzei”²³.

Această teză nu mai este împărtășită, din motive neîndoielnic pertinente și persuasive, pe care, în context, doar le evocăm²⁴: nulitatea pentru eroare asupra calităților substanțiale și nulitatea pentru absența cauzei sunt două cazuri de nulitate distincte și complementare; prima implică o analiză a psihologiei victimei erorii, a comportamentului ei și a comunei intenții a părților și, esențialmente, urmărind protecția victimei erorii, ea este o *nulitate relativă*; cea de a doua rezultă din analiza obiectivă a actului juridic, atașându-se existenței cauzei, definită potrivit categoriei juridice căreia îi aparține respectiva operațiune și urmărind nu doar protecția părții lezate, ci și asigurarea conformității actelor juridice cu finalitatea lor socială, ea este o *nulitate absolută*²⁵. Această distincție esențială implică apoi toate consecințele îndeobște cunoscute sub aspectul regimului lor juridic diferit.

²² *Ibidem, passim*. A se vedea, de asemenea, J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, cit. *supra*, îndeosebi nr. 211 și urm.

²³ Tr. Ionasco, L'évolution de la notion de cause dans les contrats à titre onéreux, thèse, Paris, 1923, p. 125.

²⁴ Pe larg, a se vedea J. Ghestin, op. cit., nr. 230 și urm.

²⁵ *Ibidem*, nr. 274. În același sens L. Boyer, La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Librairie du Recueil Sirey, 1947, îndeosebi p. 194 și urm. Mobilul – preciza autorul – nu poate fi detașat de motive, spunându-se deci că orice eroare determinantă este și o eroare asupra cauzei; confundarea sau asimilarea lor nu este însă justificată, iar efectele pe care le implică sunt esențialmente diferite – nulitatea relativă, nulitatea absolută (p. 200-202).

Instanțele române, atunci când au avut a se pronunța, în opinia noastră, asupra unor erori de drept – fără a le numi însă astfel – au făcut de regulă aplicarea dispozițiilor art. 953-954 C. civ.²⁶.

În contextul acestui studiu, ceea ce cu deosebire interesează este faptul că, abstracție făcând de fundamentul erorii de drept, admisibilitatea acesteia este indeniabilă.

31.2. Întrucât eroarea de drept, în materie civilă, s-ar putea înscrie în perimetrul dispozițiilor art. 954 alin. (1) C. civ., este bineînțeles necesară precizarea sensului și domeniului acestor dispoziții²⁷.

Articolul 954 alin. (1) C. civ., calificând eroarea ca viciu de consimțământ, precizează că ea este de natură să atragă sancțiunea nulității „când cade asupra substanței obiectului convenției”²⁸. Toți termenii acestei sintagme trebuie ei înșiși precizați, valorizând concluziile acum unanime ale doctrinei și jurisprudenței franceze, în legătură cu aceleași dispoziții cuprinse la art. 1110 din Codul civil francez.

²⁶ De exemplu: în cazul cumpărării unui autoturism care, potrivit actelor normative în vigoare, nu mai putea face obiect de comerț (C.S.J., secția comercială, decizia nr. 1574/1997, în „Culegere de decizii”, 1997, p. 72); în cazul erorii asupra naturii juridice a actului încheiat (C.A. Timișoara, decizia civilă nr. 1072/1998, în „Culegere de decizii”, 1998, p. 111). Uneori, deși s-a făcut trimitere la art. 948 C. civ., fără a se distinge între condițiile arătate în textul acestui articol pentru validitatea unei convenții, în caz de eroare asupra naturii juridice a convenției încheiate – în loc de garanție imobiliară, din eroare, s-a transmis proprietatea imobiliară – motivarea evocă totuși «cauza», din moment ce s-a făcut vorbire de «nulitatea absolută» a convenției (C.A. Timișoara, decizia civilă nr. 591/2001, nepublicată).

²⁷ În legătură cu art. 1110 din Codul civil francez, căruia îi corespunde art. 454 din Codul nostru civil, a se vedea J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, cit. *supra*, în special nr. 41 și urm.

²⁸ Cum s-a mai precizat, art. 931 din proiectul Codului civil, reglementând „eroarea de fapt” o corelează erorii asupra „substanței obiectului” sau – ceea ce excede acestei discuții – „unei alte împrejurări considerate esențiale de către părți ori care, potrivit naturii contractului și condițiilor în care a fost încheiat, trebuie privite ca esențiale”.

Sanctiunea nulității poate interveni nu numai în legătură cu actele juridice numite „convenții” sinalagmatice, ci și în legătură cu actele juridice unilaterale, care, fiind de asemenea manifestări de voință, sunt susceptibile de sancționare pentru viciu de consimțământ.

Prin substanța „obiectului” convenției nu trebuie să se înțeleagă doar bunurile „corporale”, ci și cele „incorporale”, iar într-un sens mai larg, admisibil, orice „prestații” la care părțile sau o parte se îndatorează.

„Substanța” obiectului convenției avută în vedere la încheierea actului cuprinde nu doar calitățile intrinseci obiectului, ci și natura și întinderea drepturilor cu privire la acel obiect²⁹.

Dacă eroarea este scuzabilă, ea poate viza și prestația celeilalte părți³⁰, iar în cazul convențiilor sinalagmatice nondeclarative eroarea poate privi chiar contraprestația celui care se obligă.

„Motivele” părții, în măsura în care au fost determinante pentru asumarea obligației, ele vizând calitățile esențiale ale obiectului în considerarea căroră și-a manifestat voința, pot fi invocate, în ipoteza erorii, pentru a se cere anularea actului³¹.

În fine, dacă eroarea constă în falsa estimare a obiectului contractului, a raportului dintre prestații și contraprestații, în principiu, aceasta nu constituie motiv de nulitate a actului – dispozițiile

²⁹ Merită să fie remarcat faptul că art. 941 din proiectul Codului civil, definind obiectul contractului, arată că: „Obiectul contractului îl reprezintă *operațiunea juridică* convenită de părți, astfel cum reiese din *ansamblul drepturilor și obligațiilor izvorâte din acesta*” [s.n.].

³⁰ Interpretarea excesiv de subtilă făcută cândva, în doctrina clasică franceză, zicându-se că art. 1110 alin. (1) C. civ. – căruia îi corespunde art. 954 alin. (1) din legea noastră civilă – precizează la singular termenul „obiect”, așa încât, în convențiile sinalagmatice n-ar fi vorba decât de contraprestație, a fost totalmente abandonată – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 11^e éd., Dalloz, 2000, nr. 148, 149, pct. 4, 5).

³¹ Poate să fie de asemenea remarcat faptul că în proiectul Codului civil se consacră *in terminis* „eroarea de drept”: „*Eroarea de drept* atrage anularea contractului când este singura ori principala sa cauză” [s.n.].

restrictive ale art. 1165 C. civ. în materie de leziune găsimu-se aplicarea – exceptând însă situația când eroarea asupra valorii este consecința erorii asupra substanței³².

31.3. În dreptul penal. Surprinzător poate, dar în materie penală, în pofida faptului că elementul subiectiv al multor infracțiuni îl constituie intenția – directă sau indirectă – ori culpa cu previziune, precum și mai ales în pofida faptului că majoritatea covârșitoare a interdicțiilor penale își au sorgintea în dreptul natural și în valorile morale general admise, posibilitatea invocării erorii de drept a fost mai repede și mai larg acreditată³³. Procesul admisibilității erorii de drept n-a fost însă spontan și radical, ci „pe măsură ce elementul subiectiv al infracțiunii și vinovăția ca trăsătură generală și-au accentuat importanța”³⁴ și, am adăuga, fără să fie locul să și dezvoltăm, pe măsură ce ideea de «proces echitabil», concept autonom, s-a cristalizat și s-a statornicit. Pentru început, s-a făcut distincție între eroarea asupra unei norme penale și eroarea asupra unei norme extrapenale, numai aceasta din urmă fiind considerată ca

³² Ar urma să se distingă între „eroarea monetară” și „eroarea asupra valorii calitative a lucrului”, care nu este decât consecința unei erori asupra calităților substanțiale – *error in substantiam* (eroare asupra substanței), altminteri s-ar generaliza resciziunea pentru leziune.

³³ A se vedea, bunăoară: art. 24 din Codul penal polonez din 1970, art. 57 din Codul penal norvegian din 1902, art. 20 din Codul penal elvețian, art. 9 din Codul penal austriac, art. 17 din Codul penal german, art. 17 din Codul penal portughez, art. 14 din Codul penal spaniol, precum și în *common law* (J. Pradel, Droit penal comparé, Dalloz, Paris, 2002, nr. 238). Curtea Constituțională italiană, prin Decizia nr. 364/1988, a considerat că art. 5 din Codul penal italian, în sensul căruia nimeni nu poate invoca drept scuză necunoașterea legii penale, este neconstituțional în măsura în care exclude posibilitatea invocării necunoașterii legii penale, atunci când această necunoaștere era inevitabilă. Pe larg, a se vedea C. Fiore, Diritto penale. Parte generale, U.T.E.T., Torino, 2001, p. 411.

³⁴ Fl. Streteanu, Drept penal. Partea generală, 1, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 360.

admisibilă³⁵. Doctrina noastră, prin interpretarea *a contrario* a dispozițiilor art. 51 alin. ultim C. pen., a admis invocarea erorii de drept extrapenale, atunci când săvârșirea cu vinovăție a faptei prevăzute de legea penală presupune cunoașterea reglementărilor dintr-o lege extrapenală³⁶.

În lucrări mai recente și mai inspirate din realitatea vieții juridice, considerându-se că prezumția de cunoaștere a legii este o „simplă ficțiune”, greu de conciliat cu principiul răspunderii penale subiective, se susține admisibilitatea erorii asupra normelor penale³⁷.

³⁵ Ni se pare judicioasă observația că această formă de eroare este și ea o «eroare de drept», neavându-și rostul și nici justificarea asimilarea ei cu o eroare de fapt sau considerarea ei ca formă distinctă de eroare (*ibidem*, nr. 369).

³⁶ A se vedea, de exemplu: G. Antoniu, Vinovăția penală, Ed. Academiei Române, București, 1995, p. 319; C. Bulai, Manual de drept penal. Partea generală, Ed. ALL, București, 1997, nr. 322. Într-o decizie a instanței supreme, contradictorie însă în termeni, pare a se admite „eroarea de drept”: „Necunoașterea legii penale poate constitui o cauză de înlăturare a caracterului penal al faptei, echivalentă erorii de drept, cu condiția ca făptuitorul să ignore acea dispoziție legală” [s.n.] – C.S.J., secția penală, decizia nr. 2440 din 6 octombrie 1995, nepublicată.

³⁷ A se vedea Fl. Streteanu, op. cit., nr. 371. Putea fi un semn încurajator faptul că în proiectul Legii de modificare a Codului penal s-a preconizat ca art. 30 să aibă următoarea formulare: „Necunoașterea sau cunoașterea greșită a legii din cauza unei împrejurări care nu putea fi evitată în nici un mod înlătură caracterul penal al faptei.” În forma Codului penal adoptat prin Legea nr. 301/2004 („Monitorul Oficial al României”, nr. 575 din 29 iunie 2004), din păcate, fără motive substanțiale, textul proiectat n-a fost reținut. Articolul 33 din noul Cod penal reglementează însă „eroarea de fapt”: „(1) Nu constituie infracțiune fapta prevăzută de legea penală când făptuitorul, în momentul săvârșirii acesteia, nu cunoaște existența unei stări, situații sau împrejurări de care depinde caracterul penal al faptei. (2) Nu constituie o circumstanță agravantă împrejurarea pe care făptuitorul nu a cunoscut-o în momentul săvârșirii infracțiunii. (3) Dispozițiile alin. (1) și (2) se aplică și faptelor săvârșite din culpă pe care legea penală le pedepsește, numai dacă necunoașterea stării, situației sau împrejurării respective nu este ea însăși rezultatul culpei.” În opinia noastră, prin asimilare, așa cum s-a procedat

31.4. În dreptul civil. Admisibilitatea invocării erorii de drept în contextul raporturilor juridice civile a fost și încă este controversată. Opiniile sunt situate la extreme: inadmisibilitatea invocării erorii de drept; admisibilitatea invocării acesteia.

a) În esență, în sprijinul ideii *inadmisibilității invocării erorii de drept* s-a adus în atenție principiul *nemo censetur ignorare legem*³⁸, spunându-se că, din moment ce nimeni nu poate invoca necunoașterea legii, falsa reprezentare asupra prevederilor legale nu poate constitui un viciu de consimțământ³⁹.

Pentru a se ajunge la această concluzie ar fi trebuit însă ca, mai întâi, să se clarifice natura adagiului invocat și sursa forței acestuia de a se constitui într-o normă imperativă irepresibilă. Altfel, prezumția legală irefragabilă de cunoaștere a legii – obsesiv invocată ca punct de sprijin al opiniei înfățișate – rămâne un sofism și, pe cale silogistică, concluzia nu poate fi decât falsă sau ipotetică.

Alte câteva argumente sunt neîndoiește subtile⁴⁰: este adevărat că art. 953 C. civ. nu face nici o distincție asupra naturii erorii, dar la fel de adevărat este că art. 954 C. civ., precizând situațiile când eroarea constituie viciu de consimțământ nu amintește eroarea de drept⁴¹; faptul că art. 1206 C. civ. precizează că mărturisirea nu

și în trecut, textul cu privire la «eroarea de fapt» ar putea fi unul de sprijin și pentru «eroarea de drept», întrucât se referă la „situații sau împrejurări de care depinde caracterul penal al faptei”. O astfel de „situație” sau „împrejurare” ar putea să o constituie și imposibilitatea cunoașterii legii penale, altminteri putând ajunge în domeniul absurdului. O ipoteză de școală și o întrebare retorică: dacă pe perioada când o persoană s-a aflat pusă sub interdicție judecătorească apare o lege penală care califică o anumită faptă ca infracțiune, iar persoana săvârșește acea faptă chiar în ziua ridicării interdicției, va răspunde penal?

³⁸ A. Ionașcu, Drept civil. Partea generală, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1969, p. 83, 84; Tr. Ionașcu, Curs de drept civil. Teoria generală a obligațiilor, București, 1950, p. 49.

³⁹ E. Poenaru, Drept civil. Teoria generală. Persoanele, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 127.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 127-129.

⁴¹ Abstracție făcând de prevederile art. 932 din proiectul Codului civil.

poate fi retractată decât pentru eroare de fapt nu poate fi interpretat ca având rezonanță și privitor la alte instituții; dacă admitem eroarea de drept spontană, ar trebui să admitem și eroarea de drept provocată, adică dolul. Asupra acestor argumente vom reveni în contextul prezentării celei de-a doua opinii.

b) În esență, în sprijinul *admisibilității invocării erorii de drept* s-au formulat următoarele argumente⁴²: art. 953 C. civ. prevede nevalabilitatea consimțământului când este dat din eroare, fără a distinge între eroarea de drept și eroarea de fapt⁴³; art. 1206 alin. (2) C. civ. nu admite eroarea de drept în privința mărturisirii judiciare,

⁴² A se vedea: D. Alexandresco, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român, t. VII, Iași, „Tipografia Națională”, 1901, p. 340; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, Tratat de drept civil român, Restitutio, vol. II, Ed. ALL, București, 1998, nr. 1219; I. Rucăreanu, Viciile de consimțământ, în „Tratat de drept civil”, vol. I, „Teoria generală”, Ed. Academiei, București, 1967, p. 282; T.R. Popescu, Contractul, în „Teoria generală a obligațiilor”, de T.R. Popescu, P. Anca, Ed. Științifică, București, 1968, p. 57; D. Cosma, Teoria generală a actului juridic civil, Ed. Științifică, București, 1969, p. 162, 163; Gh. Beleiu, Drept civil român, ed. a VIII-a, revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă, Ed. „Universul Juridic”, București, 2003, p. 152, 153; G. Boroi, Drept civil. Partea generală, Ed. ALL Beck, București, 1999, p. 166; M. Nicolae, Actul juridic civil, în „Dreptul civil român. Curs selectiv pentru licență”, Ed. Press Mihaela, București, 1996, p. 21; P.C. Vlăchide, Repetiția principiilor de drept civil, vol. II, Ed. „Europa Nova”, București, 1994, p. 58, 59; J. Kocsis, Unele aspecte teoretice și practice privind eroarea de drept, în „Dreptul”, nr. 8/1992, p. 39-42; T. Menesi, notă la decizia civilă nr. 449/1981 a Trib. jud. Bihor, în „Revista română de drept”, nr. 8/1992, p. 38 și urm. În contextul unei substanțiale adnotări cu privire la aplicarea fostelor dispoziții ale art. 110 C. muncii, s-a admis de principiu admisibilitatea invocării erorii de drept (a se vedea Ș. Beligrădeanu, notă la decizia civilă nr. 474/1985 a Trib. jud. Caraș-Severin, în „Revista română de drept”, nr. 12/1985, îndeosebi p. 62, împreună cu reperele doctrinare de sub nota nr. 28).

⁴³ A se vedea însă prevederile art. 931 din proiectul Codului civil, cu privire la „eroarea de fapt”, și prevederile art. 932 din același cod, cu privire la „eroarea de drept”.

ceea ce înseamnă că în alte cazuri ea este admisibilă; art. 1092 alin. (2) C. civ. arată că plata din eroare – eroarea de drept – a unei obligații naturale dă loc la acțiunea în repetiție, în restituire, text care poate fi invocat prin analogie⁴⁴; în măsura în care se produce, eroarea de drept are același efect ca și eroarea de fapt, anume falsa reprezentare a realității.

Încercăm să dezvoltăm aceste argumente, exceptându-l pe cel din urmă, asupra căruia ne-am pronunțat deja în partea introductivă a acestei subsecțiuni, și vom mai adăuga alte câteva argumente, inclusiv de drept comparat.

– Articolul 953 C. civ. prevede așadar – fără a distinge între eroarea de fapt și eroarea de drept – nevalabilitatea consimțământului „când este dat din eroare”⁴⁵.

Două argumente de logică juridică pot fi deja aduse în sprijinul ideii că textul art. 953 C. civ. implică și eroarea de drept sau nu o exclude: *ubi eadem ratio idem ius*; *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Apoi, din punct de vedere psihologic, nu există motiv să se distingă între eroarea de fapt și eroarea de drept, problema esențială rămânând aceea de a ști dacă a fost sau nu viciat consimțământul⁴⁶.

⁴⁴ Articolul 1076 din proiectul Codului civil precizează că „(1) Orice plată presupune o datorie; ceea ce a fost plătit fără a fi datorat este supus restituirii. (2) Restituirea este admisă când consimțământul celui care a plătit a fost viciat prin eroare, dol sau violență sau dacă acesta nu avea capacitatea cerută de lege pentru a dispune cu titlu gratuit” [s.n.].

⁴⁵ Textul art. 953 C. civ. corespunde întocmai prevederilor art. 1109 din Codul civil francez (Domat a fost acela care, contrar lui Cujas și Pothier, a cuprins cele două forme ale erorii printre viciile de consimțământ, fără distincție între convenții și acte unilaterale). Iarăși reamintim că, acum, art. 931 și art. 932 din proiectul Codului civil disting între „eroarea de fapt” și „eroarea de drept”.

⁴⁶ În acest sens, a se vedea, de asemenea, C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, Tratat de drept civil român, cit. *supra*, nr. 1219. Doctrina franceză modernă este unanimă în a considera că, în materia drepturilor subiective, nulitatea unui act juridic poate fi pronunțată atât pentru eroare de fapt, cât și pentru eroare de drept, așa încât doar

Nu este însă mai puțin adevărat că, din economia reglementărilor în materie – simetrice celor din legea civilă franceză – rezultă că eroarea de drept nu este cauză de nulitate decât cu condiția ca ea să fi provocat o eroare de fapt cu privire la obiectul convenției⁴⁷. Altfel spus, pentru ca nulitatea să fie pronunțată trebuie ca eroarea de drept să fie ea însăși o eroare asupra „substanței obiectului convenției” – cum precizează art. 954 C. civ. – asupra existenței, naturii sau întinderii drepturilor care au făcut obiectul contractului⁴⁸.

Eroarea despre care se face vorbire în cuprinsul art. 953 C. civ. nu trebuie confundată cu ineficiența juridică a obligației pentru inexistența cauzei sau pentru o cauză falsă ori ilicită, despre care se

exemplificăm: *M. Planiol, G. Ripert, Traité pratique de droit civil français*, t. VI, „Obligations”, première partie, avec le concours de P. Esmein, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1930, nr. 181; *J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse, cit. *supra*, nr. 52, inclusiv nota de sub nr. 37; *J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, cit. *supra*, nr. 200; *J. Ghestin, Erreur*, în „Répertoire de droit civil”, t. V, cit. *supra*, nr. 41, împreună cu doctrina și jurisprudența menționate de autor; *R. Decottignies, L'erreur de droit*, cit. *supra*, nr. 309; *H. Roland, L. Boyer*, op. cit., nr. 195 și urm.; *B. Starck, Droit civil. Obligations. 2. Contrat*, 3^e éd., Litec, 1989, nr. 421, 422 (eminentul civilist preciza că adagiul *nul n'est censé ignorer la loi* are ca singur scop să evite ca un individ să încerce a se sustrage aplicării legii, invocând ignorarea textului care îi este aplicabil. „În materie de contracte, voința reprezintă elementul fundamental, ea dând naștere obligației. Dacă această voință este viciată prin eroare, chiar o eroare de drept, contractului îi lipsește baza reală, fiind deci anulabil.”).

⁴⁷ *J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, cit. *supra*, nr. 54 și urm.; *idem, Erreur*, cit. *supra*, nr. 43; *J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux*, op. cit., nr. 200.

⁴⁸ Rămâne deci fără consecințe eroarea asupra efectelor contractului. Acestea nevizând obiectul contractului *a fortiori* sunt străine de substanța obiectului (*J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux*, op. cit., nr. 200. Distincția este însă uneori subtilă. De exemplu, în cazul erorii aceluia care, subscriind o cauziune, a crezut că își asumă doar un angajament moral.).

face vorbire în cuprinsul art. 966 C. civ.⁴⁹ Mai exact, ar trebui să se distingă între următoarele situații: a) atunci când eroarea privește existența, natura sau întinderea drepturilor ori când ea a constituit mobilul determinant al operațiunii juridice, sunt aplicabile prevederile art. 954 C. civ.⁵⁰; b) atunci când eroarea privește existența

⁴⁹ Sub influența lui *H. Capitant* (*De la cause des obligations*, 2^e éd., Paris, 1923, nr. 9, 39, 40), unii doctrinari au considerat că dispozițiile art. 1110 din Codul civil francez – cu privire la eroarea asupra substanței obiectului – nu semnifică decât o simplă aplicație a art. 1131 din legea civilă franceză cu privire la cauză (bunăoară *Tr. Ionașcu, L'évolution de la notion de cause dans les contrats à titre onéreux*, thèse, Paris II, 1981, apud *J. Ghestin, Erreur*, cit. *supra*, nr. 14). Nulitatea pentru eroare implică o analiză a psihologiei victimei, a comportamentului acesteia și a intenției comune părților, iar sancțiunea nulității, vizând protecția persoanei lezate, este relativă. Nulitatea pentru absența cauzei implică o analiză obiectivă a actului, tinzând să asigure nu numai protecția părții lezate, dar și conformitatea actelor juridice cu finalitatea lor socială, așa încât sancțiunea este absolută (*J. Ghestin, La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, cit. *supra*, nr. 212 și urm., îndeosebi nr. 237. În același sens, dar cu o altă argumentare *J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux*, op. cit., nr. 195, 204).

⁵⁰ De exemplu, moștenitorii și-au cedat drepturile, crezând, eronat, că ei cedează numai nuda proprietate, deși, în realitate, erau proprietari deplin. Motivul determinant vizează comportamentul psihologic al autorului actului, element exterior actului însuși și conținutului acestuia (de exemplu, vânzătorul unui teren închis se obligă să procure cumpărătorului un acces, crezând, eronat, că el este obligat *ex lege* la asigurarea unui pasaj). Delimitarea între teoria viciilor de consimțământ și teoria cauzei nu este însă totdeauna lesnicioasă, acțiunea în nulitatea actului juridic putând fi justificată, uneori, prin invocarea viciului de consimțământ, alteleori pe inexistența cauzei. În orice caz, nu orice eroare determinantă este o eroare asupra cauzei, făcând să dispară însăși cauza obligației. Pe larg, a se vedea *L. Boyer, La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, cit. *supra*, îndeosebi p. 193 și urm. În opinia autorului, substanțial motivată, trebuie să se distingă între „eroarea asupra substanței”, viciu de natură subiectivă, și „absența cauzei”, viciu de natură obiectivă, chiar în condițiile unui consimțământ neviciat. Cât privește însă consecințele ce ar rezulta din cele două situații, pentru observații critice, întemeiate, a se vedea *J. Maury, Cause*, în „Répertoire de droit civil”, t. III, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 162.

drepturilor, dar în afara oricărui considerent cu privire la substanța obiectului convenției, trebuie să se recurgă la teoria cauzei, fiind aplicabile prevederile art. 966 C. civ.⁵¹

– Potrivit art. 1206 alin. (2) C. civ., mărturisirea nu poate fi revocată, „afară numai de va proba că a făcut-o din *eroare de fapt*” [s.n.]. Așadar, este exclusă invocarea erorii de drept. Logic, prima concluzie la care putem ajunge prin interpretarea *a contrario* a textului este că *invocarea erorii de drept este posibilă în alte situații*.

Dar care este de fapt explicația inadmisibilității retractării mărturisirii prin invocarea erorii de drept și cât de inflexibilă este regula inadmisibilității?

Mărturisirea constă în recunoașterea unui „fapt” ales⁵², recunoaștere care va putea fi opusă autorului acesteia⁵³. În principiu, voința de a mărturisi trebuie să îndeplinească aceleași condiții de validitate ca și consimțământul⁵⁴, așa încât nici voința de a mărturisi, dacă este viciată prin „eroare”, nu poate produce efecte valabile și, în pofida caracterului irevocabil al mărturisirii, ea poate fi rectificată – *non fatetur qui errat*.⁵⁵

Legea, conformându-se ea însăși regulilor din dreptul roman, admite numai posibilitatea invocării erorii de fapt – *confessio facti*

⁵¹ De exemplu, cumpărarea lucrului altuia, ignorând absența dreptului în persoana vânzătorului; constituirea unei ipoteci asupra lucrului altuia. În asemenea situații, actul juridic privește drepturi inexistente și, ca atare, el este lovit *ab initio* de un viciu iremediabil.

⁵² Ea nu trebuie confundată cu „achiesarea la pretenții”: în principiu, mărturisirea este doar un mijloc de probă, achiesarea este un mijloc de stingere a litigiului și de dezinvestire a instanței; uneori, acolo unde nu este admisă achiesarea este totuși admisă mărturisirea.

⁵³ Pentru a fi „mărturisire” este necesar ca declarația să fie de natură a favoriza partea adversă.

⁵⁴ El implică voința de a „conveni”, chiar și în cazul contractului unilateral (*P. Chauvel*, Consentement, în „Répertoire de droit civil”, t. III, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 2). Articolul 948 alin. (1) pct. 2 C. civ. se referă totuși la consimțământul valabil al „părții care se obligă”. Articolul 930 alin. (1) din proiectul Codului civil se referă la „consimțământul părților”, care trebuie să fie liber și „exprimat în cunoștință de cauză”.

⁵⁵ *H. Roland, L. Boyer*, op. cit., II, A à N, p. 147.

tantum. În aceste condiții, n-am putea însă să înțelegem, illogic de altfel, că printr-o dispoziție *specială* – esențialmente derogatorie – cu privire la inadmisibilitatea invocării erorii de drept s-a vrut astfel să se confirme o *regulă generală*.

Dacă, totuși, în materia mărturisirii, în principiu, legea nu a admis invocarea erorii de drept, s-a procedat astfel pentru că, pur și simplu, invocarea erorii de drept este *inutilă și ineficace*: o eroare de drept nu alterează realitatea faptului recunoscut⁵⁶.

Totuși, imposibilitatea revocării mărturisirii prin invocarea erorii de drept nu este totdeauna atât de categorică precum pare. Astfel, dacă părătul, ignorând împlinirea prescripției extinctive, mărturisește – expres sau tacit⁵⁷ – că nu a plătit, el nu va mai putea să revină asupra mărturisirii, întrucât, mărturisind, a desființat prezumția liberării de datorie prin prescripție⁵⁸. Pentru alte cazuri, posibilitatea invocării erorii de drept a fost admisă, considerându-se că n-ar fi vorba de o excepție de la irevocabilitatea mărturisirii, ci doar de constatarea că „mărturisirea nu produce consecințe juridice”⁵⁹. Aceeași idee a fost reținută și în doctrina noastră, spunându-se că, prin excepție, mărturisirea având ca sursă o eroare de drept poate fi retractată dacă se va dovedi că eroarea a fost cauzată prin dolul (sau violența) părții adverse – *si dolus dederit causam confessioni*.⁶⁰

⁵⁶ *M. Planiol, G. Ripert*, op. cit., t. VI, nr. 181; *H.L. Mazeaud, J. Mazeaud*, Leçons de droit civil, t. I^{re}, 4^e éd, par M. de Juglart, Éditions Montcrestien, 1967, nr. 425; *G. Goubeau, Ph. Bihr*, Preuve, în „Répertoire de droit civil”, t. IV, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 1323; *D. Alexandresco*, op. cit., t. VII, p. 340; *A. Ionașcu*, op. cit., nr. 132.

⁵⁷ Recunoașterea datoriei poate fi tacită sau implicită, bunăoară, solicitând compensația, solicitând un termen de grație, oferind o garanție pentru plată.

⁵⁸ *G. Goubeau, Ph. Bihr*, op. cit., nr. 1330. În același sens *D. Alexandresco*, op. cit., t. VII, p. 341.

⁵⁹ *G. Goubeau, Ph. Bihr*, op. cit., nr. 1330.

⁶⁰ *D. Alexandresco*, op. cit., p. 341, nota de sub nr. 2, citând și doctrina franceză.

Așadar, nici măcar în cazul mărturisirii regula imposibilității invocării erorii de drept, pe care implicit o consacră art. 1206 alin. (2) C. civ., nu este cu totul și totdeauna inflexibilă.

– În ipoteza «plății nedatorate»⁶¹, însăși legea evocă «eroarea»: „Cel ce, *din eroare* sau cu știință, primește aceea ce nu-i este debit, este obligat a-l restitui, aceluia de la care l-a primit” [s.n.] – art. 992 C. civ.; „Acela care, *din eroare*, crezându-se debitor, a plătit o datorie, are drept de repetițiune în contra creditorului” [s.n.] – art. 993 C. civ. Să mai adăugăm că, potrivit art. 1092 alin. (1) C. civ., „orice plată presupune o datorie; ceea ce s-a plătit fără să fie debit este supus repetițiunii”.⁶² În condițiile arătate, se creează un raport obligațional între cel care a plătit (*solvens*) și cel plătit (*accipiens*).

Până nu demult s-a considerat – și, izolat, se mai consideră – că acțiunea în restituirea plății este condiționată de „absența datoriei” și de „eroarea plătitorului”⁶³, zicându-se chiar, bunăoară în doctrina noastră, că existența erorii este o condiție „absolut necesară

⁶¹ Mai ales prin înscrierea în context și a dispozițiilor art. 1092 alin. (1) C. civ., nu trebuie să se ajungă la considerarea plății nedatorate ca act juridic, chiar convenție (pentru o astfel de calificare, a se vedea *J. Ghestin, M. Billiau, Répétition de l'indu*, în „*Répertoire de droit civil*”, t. IX, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 4). Plata nedatorată este un fapt juridic (*J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, 9^e éd., Armand Colin, 2001, nr. 19).

⁶² Mai precis, este vorba de o «acțiune în restituirea plății», mai aproape de îmbogățirea fără cauză decât de gestiunea de afaceri. Articolul 1076 din proiectul Codului civil sprijină concluziile deduse din actualele reglementări: „(1) Orice plată presupune o datorie; ceea ce a fost plătit fără a fi datorat este supus restituirii. (2) Restituirea este admisă când consimțământul celui care a plătit a fost viciat prin eroare, dol sau violență sau dacă acesta nu avea capacitatea cerută de lege pentru a dispune cu titlu gratuit”.

⁶³ O decizie a instanței supreme franceze, pronunțată în plenul acesteia, a impus reconsiderarea celei de-a doua condiții, eroarea celui care a plătit – pentru cazul prevăzut de art. 1377 C. civ. francez – nefiind o condiție pentru acțiunea în repetițiunea plății. A se vedea *H. Capitant, F. Terré, I. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11^e éd., Dalloz, 2000, nr. 226, p. 375 și urm., îndeosebi nr. 9, p. 381.

pentru admisibilitatea acțiunii în repetițiune, deoarece eroarea lui *solvens* are ca efect absența cauzei care a stat la baza prestației executate”⁶⁴. Trebuie însă să se distingă între diferite ipoteze: când datoria era pur și simplu imaginară, inexistentă⁶⁵ – o plată nedatorată «obiectiv», nedatorată în mod «absolut»; când există un raport de obligație, dar plata s-a făcut unei alte persoane decât creditorul; când există un raport de obligație, dar plata s-a făcut de o altă persoană decât debitorul – aceste din urmă situații evocând o plată nedatorată «subiectiv» sau «relativ». În cea dintâi ipoteză, absența datoriei este o condiție suficientă pentru acțiunea în repetițiune⁶⁶; în celelalte două ipoteze, plătitorul trebuie să demonstreze că el a fost în eroare⁶⁷.

Interesează însă, în context, noțiunea de „eroare”. Este indiferent dacă este vorba de o „eroare de fapt” sau de o „eroare de drept”⁶⁸.

⁶⁴ *L. Pop, Teoria generală a obligațiilor*, Ed. „Lumina Lex”, București, 1998, p. 156.

⁶⁵ O datorie la termen, încă neexigibilă, sau o datorie prescrisă nu este imaginară. Articolul 1077 din proiectul Codului civil precizează: „Nu este supus restituirii ceea ce s-a plătit pentru a îndeplini o obligație care nu este susceptibilă de executare silită”.

⁶⁶ Pe larg, a se vedea *J. Defrénois-Souleau, La répétition de l'indu objectif. Pour une application sans erreur de l'article 1376 du Code civil*, în „*Revue trimestrielle de droit civil*”, 1989, nr. 243. De asemenea, a se vedea *J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux*, op. cit., nr. 20 și urm.

⁶⁷ În cadrul «dispozițiilor generale» cu privire la restituirea prestațiilor, art. 1075 din proiectul Codului civil înscrie și eroarea ca temei al restituirii: „Restituirea prestațiilor are loc, în condițiile legii, ori de câte ori cineva este ținut să restituie bunurile primite fără drept ori din eroare sau în temeiul unui act juridic desființat cu efect retroactiv ori ale cărui obligații au devenit imposibil de executat”. Textul are în vedere atât împrejurări obiective, cât și împrejurări subiective de natură să justifice restituirea prestațiilor.

⁶⁸ *J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux*, op. cit., nr. 27. Remarcăm această precizare și în doctrina noastră (*I. Dogaru, P. Drăghici, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 366). Articolele 1075 și 1076 alin. (2) din proiectul Codului civil se referă în general la „eroare”, fără a distinge între „eroarea de fapt” și „eroarea de drept”.

c) Articolul 1711 C. civ. a preluat numai alin. (1) al art. 2052 din Codul civil francez – „tranzacțiile au între părțile contractante puterea unei sentințe neapelabile” –, nu și alin. (2) al articolului menționat: „Ele nu pot fi atacate pentru cauză de eroare de drept, nici pentru cauză de leziune”⁶⁹. Din această omisiune a legiuitorului român s-a putut deduce intenția de a lăsa deschisă posibilitatea invocării erorii de drept⁷⁰. De altminteri, s-a admis bunăoară că se poate cere anularea tranzacției încheiată pentru executarea unui titlu nul sau anulabil ori pentru alte cauze de ineficacitate (de exemplu, testament revocat)⁷¹, în astfel de situații sau altele asemănătoare fiind dificil de disociat eroarea de fapt de eroarea de drept. Chiar însă în condițiile reglementării franceze, lăsând la o parte calificările de genul „anomalie juridică”, s-a admis că, părțile

⁶⁹ Articolul 1771 din proiectul Codului civil prevede că „tranzacția nu poate fi anulată pentru eroare de drept”, dar numai dacă aceasta este „referitoare la chestiunile ce constituie obiectul controversei părților”. Articolul 1774 recunoaște posibilitatea nulității tranzacției „făcută pe baza unor documente dovedite în urmă ca false”, iar art. 1775 înscrie ca o cauză de nulitate a tranzacției descoperirea ulterioară de documente ascunse de una dintre părți sau, cu știința acesteia, de un terț. În fine, art. 1776 prevede anulabilitatea tranzacției „în favoarea părții care nu a cunoscut că litigiul fusese soluționat printr-o hotărâre judecătorească intrată sub puterea lucrului judecat”.

⁷⁰ Tranzacția poate fi atacată atât pentru eroare de fapt, cât și pentru eroare de drept [D. Alexandresco, op. cit., p. 342. Autorul invoca tocmai faptul că s-a eliminat din Codul civil român alin. (2) al art. 2052 din Codul civil francez]. Ni se pare că aceeași concluzie a fost implicit admisă evocându-se eroarea asupra substanței obiectului, părțile „crezând că dreptul la care se referă tranzacția este litigios și îndoielnic, pe când, în realitate, acesta era deja tranșat printr-o hotărâre cu autoritate de lucru judecat” (Fl. Baias, Unele considerații referitoare la tranzacție, în „Revista română de drept”, nr. 9-12/1989, p. 20).

⁷¹ Fr. Deak, Contractul de tranzacție, în vol. „Contracte civile și comerciale”, de Fr. Deak și St. Cărpănuș, Ed. „Lumina Lex”, București, 1993, p. 249. Articolul 1773 alin. (2) din proiectul Codului civil arată, de asemenea, că „anularea tranzacției poate fi cerută doar de partea care nu cunoștea nulitatea titlului”.

renunțând la susținerea pretențiilor originare și litigioase și la dreptul la acțiune pentru asemenea pretenții, adică la „cunoașterea și rezolvarea jurisdicțională a litigiului”, bineînțeles că ele au renunțat și la invocarea erorii de drept, dar n-au renunțat astfel la invocarea erorii de drept în legătură cu alte elemente ale contractului și care au fost de natură să vicieze voința uneia dintre părțile contractante⁷².

d) Articolul 694 teza I C. civ. prevedea că acceptarea moștenirii poate fi anulată pentru „dol”. Textul art. 694 C. civ., pe care nu l-am reiterat în întregime, corespunde întocmai formulării art. 783 din Codul civil francez. Ambele texte sunt însă depășite sub mai multe aspecte: ele nu vizează decât „acceptarea” succesiunii, or „renunțarea” la succesiune poate fi anulată de asemenea pentru aceleași vicii de consimțământ; ele se referă numai la dol și la leziune; ele se referă numai la moștenitorul major⁷³. Generalitatea termenilor prezintă însă avantajul de a cuprinde atât acceptarea pură și simplă a succesiunii, cât și acceptarea sub beneficiu de inventar.

Într-o primă etapă, anterioară anului 1930, doctrina și jurisprudența franceze au interpretat dispozițiile art. 783 C. civ. în sensul că ele exclud celelalte vicii de consimțământ. Concluzia a fost aceeași, chiar în afara exegezei dispozițiilor arătate, întrucât: sau eroarea privește identitatea succesiunii și atunci dispăre complet voința, reținându-se absența consimțământului, nu vicierea lui; sau eroarea privește consistența succesiunii și atunci ea semnifică o leziune, nu viciu de consimțământ⁷⁴.

⁷² L. Boyer, La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, cit. *supra*, p. 72. În exemplul adnotat de autor, eroarea putea privi rezerva succesorală. În același sens L. Boyer, Transaction, cit. *supra*, nr. 313.

⁷³ Articolul 858 din proiectul Codului civil, reglementând prescripția dreptului la acțiunea în anularea acceptării sau renunțării, vizează orice succesibil și nu doar cazul de violență, ci și „celelalte cazuri”.

⁷⁴ Pentru repere jurisprudențiale și doctrinare, a se vedea: Ph. Malaurie, L. Aynès, Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités, Éditions Cujas, 4^e éd., Paris, 1998, nr. 183; Succession, f.a., în „Répertoire de droit civil”, t. X, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 762. În sensul arătat, a se

Reconsiderarea acestui mod de a judeca nu a rămas fără ecou nici în doctrina noastră, admitându-se chiar că ipotezele de eroare de drept sunt cel mai des întâlnite în cazurile de anulare a renunțurilor la succesiune⁷⁵.

e) Un alt argument în favoarea admisibilității invocării erorii de drept poate fi dedus din instituția *căsătoriei putative*, reglementată de art. 23 C. fam. În situația unei asemenea căsătorii, „elanul distructiv al nulității este temperat sau chiar zădărnicit”, atât sub aspect subiectiv – al persoanelor expuse acțiunii în nulitate –, cât și sub aspect obiectiv – al raporturilor juridice născute în baza actului de căsătorie „din rațiuni care pun în discuție fundamentul funcției represive a nulității”⁷⁶. Deși din cuprinsul art. 23 C. fam. nu rezultă explicit condiția erorii – de fapt sau de drept – a căsătoriei putative, textul articolului menționat referindu-se numai la buna-credință a soțului sau a soților la momentul „celebrării”⁷⁷ căsătoriei, subtil s-a remarcat că eroarea derivă din buna-credință, constând în greșita

vedea, de asemenea, *M. Planiol, G. Ripert*, op. cit., t. IV, „Successions”, avec le concours de J. Maury, H. Vialleton, nr. 253, iar în doctrina noastră, *D. Alexandresco*, op. cit., vol. III, partea a doua, p. 267.

⁷⁵ *M. Eliescu*, Transmisiunea și împărțirea moștenirii în dreptul Republicii Socialiste România, Ed. Academiei R.S.R., București, 1966, p. 95; *D. Chirică*, Drept civil. Succesiuni și testamente, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 507. Aceeași concluzie pare a fi implicit admisă și în alte lucrări: *Fr. Deak*, Tratat de drept succesoral, Ed. „Actami”, București, 1999, nr. 253; *I. Adam, A. Rusu*, Drept civil. Succesiuni, Ed. ALL Beck, București, 2003, nr. 164. Pentru exemple de asemenea erori, reluate și în doctrina noastră, a se vedea *Succesion*, cit. *supra*, nr. 765.

⁷⁶ *E. Florian*, Dreptul familiei, Ed. „Limes”, Cluj-Napoca, 2003, p. 65, 66, iar pe larg, p. 67 și urm. Articolul 225 din proiectul Codului civil atenuează «nulitatea absolută» a căsătoriei fictive, înlăturând sancțiunea nulității prin conviețuirea soților sau dacă au trecut doi ani de la încheierea căsătoriei.

⁷⁷ Beneficiul putativității, pentru eroarea de drept, a fost recunoscut de către instanță și doctrină chiar în ipoteza în care căsătoria a fost celebrată numai religios (a se vedea *C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu*, Tratat de drept civil român, Restitutio, vol. I, Ed. ALL, București, 1998, nr. 534).

credință că au fost îndeplinite toate condițiile legale la încheierea căsătoriei⁷⁸; beneficiul putativității pentru eroare de drept este o excepție de la principiul *nemo censetur ignorare legem*, fiindcă necunoașterea legii se invocă de astă dată „nu pentru a se sustrage aplicării ei, ci pentru a se dobândi ocrotirea sa”⁷⁹.

S-ar putea însă spune că ipoteza în discuție este numai o excepție, așa încât ea nu poate fi extrapolată în favoarea unui principiu general. Admitând această posibilă obiecțiune, să deducem totuși o concluzie esențială: adagiul *nemo censetur ignorare legem* nu instituie o prezumție irepresibilă. Dar, în același context, al căsătoriei putative, doctrina clasică franceză⁸⁰ – urmată de cea contemporană – a mai făcut câteva precizări esențiale: adagiul nu instituie prezumția de cunoaștere a legii, ci imposibilitatea de a te sustrage obligativității ei; maxima nu are valoarea unei prezumții irefragabile; în general, legea nu distinge între diferitele forme de bună-credință, în legătură cu situațiile de fapt sau cele de drept.

32. Condițiile invocării erorii de drept. Între observațiile făcute în legătură cu eventuala admitere a posibilității invocării erorii de drept s-a adus în atenție și faptul că „trebuie stabilite criteriile în funcție de care avem erori asupra normelor aplicate în materie; apoi, dacă admitem eroarea de drept spontană, de ce nu am admite și eroarea de drept provocată?”⁸¹ Fără îndoială, acestea sunt probleme, dar nu insolubile.

Observațiile autorului ar putea fi considerate îndreptățite numai în măsura în care, pornind de la constatarea că în ceea ce privește

⁷⁸ Este ceea ce rezultă și din dispozițiile art. 233 alin. (1) din proiectul Codului civil: „Soțul care a fost de bună-credință la încheierea căsătoriei lovite de nulitate păstrează, până la data când hotărârea judecătorească rămâne irevocabilă, situația unui soț dintr-o căsătorie valabilă”.

⁷⁹ *E. Florian*, op. cit., p. 68.

⁸⁰ A se vedea *M. Planiol, G. Ripert*, Traité pratique de droit civil français, t. II, La famille, avec le concours de A. Rouast, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1926, nr. 318, 320.

⁸¹ *E. Poenaru*, op. cit., p. 128, 129.

eroarea de fapt există asemenea criterii⁸², ele nu au fost încă suficient determinate prin circumscriere sau particularizare la ipoteza erorii de drept.

Firește că posibilitatea invocării erorii, în general, nu trebuie să devină un exercițiu abuziv sau un subterfugiu, periclitând angajamentele convenționale sau, după caz, opozabilitatea legii. Câteva condiții, minime, pentru invocarea erorii trebuie respectate. Referindu-ne la aceste condiții, este necesar să avem în vedere nu doar eroarea de drept ca viciu de «consimțământ»⁸³, ci și eroarea cu privire la o normă legală ce trebuia respectată, în afara oricăror raporturi convenționale, eroarea care a alterat comportamentul sau atitudinea unui subiect de drept determinat, în condițiile în care legea produce efecte *erga omnes*.

Dintr-un început, putem admite aserțiunea că, în principiu, pentru invocarea erorii de drept trebuie întrunite aceleași condiții, ca și pentru invocarea erorii de fapt⁸⁴, eroarea fiind eroare, indiferent de sursa ei, și având același rezultat: vicierea voinței⁸⁵.

⁸² Cu privire la asemenea criterii, a se vedea, bunăoară: B. Starck, op. cit., nr. 416 și urm.; J. Ghestin, Erreur, cit. *supra*, nr. 18 și urm., împreună cu numeroasele repere doctrinare și jurisprudențiale; Gh. Belei, op. cit., p. 153, 154.

⁸³ Sintetizând, s-ar putea reține că, pentru justificarea anulării unui contract, eroarea trebuie să fi determinat consimțământul celui care s-a obligat; ea trebuie să fie scuzabilă; ea trebuie să fi adus atingere nu „substanței”, în sens material, a obiectului convenției, făcând-o astfel inaplicabilă în operațiunile juridice privind bunuri incorporale (de exemplu, cesiunea unui fond de comerț), ci „calităților substanțiale” *expres sau tacit convenite de părți*; partea care invocă eroarea să nu fi fost de rea-credință; cealaltă parte să nu fi fost nici ea de rea-credință, căci, dacă a fost așa, eroarea este în toate ipotezele scuzabilă și privează de eficacitate stipulația; pentru a putea fi invocată, eroarea trebuie să se fi produs, o renunțare anticipată la invocarea oricărei erori fiind inadmisibilă.

⁸⁴ M. Planiol, G. Ripert, op. cit., t. IV, nr. 181.

⁸⁵ B. Starck, op. cit., 2, nr. 416. Cum preciza și ilustra celebrul civilist francez, eroarea asupra „substanței” obiectului convenției și eroarea asupra „persoanei” sunt aproape totdeauna erori de drept; de asemenea, eroarea asupra „cauzei” obligației poate să provină din necunoașterea legii.

Aceste condiții ar putea fi considerate următoarele:

32.1. Caracterul determinant al erorii, în sensul că aceasta poate fi o cauză de nulitate a actului juridic sau ea poate fi o împrejurare de natură să provoace o falsă reprezentare asupra unei norme legale, dacă a exercitat o influență decisivă asupra consimțământului sau asupra voinței exteriorizată prin comportamentul celui în cauză, în raport cu exigențele normei⁸⁶.

Aprecierea caracterului determinant al erorii trebuie să se facă «subiectiv» – singurul criteriu conform cu logica sistemului consensualismului și cu ideea de protecție a individului aflat în fața «regulii ficționale» de cunoaștere a legii.

Dar odată acreditat criteriul subiectiv, care ar fi modalitatea de interpretare subiectivă: aprecierea *in concreto* sau aprecierea *in abstracto*?⁸⁷; cu alte cuvinte, o apreciere prin stabilirea calităților «individuale» și a circumstanțelor proprii unei situații determinate sau o apreciere potrivit standardelor «opinie comune»?

Considerăm că cele două perspective de abordare nu sunt contradictorii și nu se exclud reciproc. Mai întâi și la modul general, se poate spune că, la urma urmelor, este rezonabil să se creadă că ceea ce era cunoscut de majoritatea oamenilor a fost cunoscut și de acea persoană, iar ceea ce nu era considerat ca atare de majoritatea oamenilor a putut provoca eroarea și pentru acel individ. Totuși, o precizare ni se pare nu numai necesară, ci chiar esențială: aprecierea *in concreto* nu poate fi evitată în nici o situație și ea se află la fundamentul răspunderii «subiective»; aprecierea *in abstracto* este posibil ca, uneori, să nu fie necesară sau, dacă se recurge și la o asemenea apreciere, ea îndeplinește doar o funcție complementară la cea subiectivă⁸⁸.

⁸⁶ Un asemenea sens implică și dispozițiile art. 932 din proiectul Codului civil: „Eroarea de drept atrage anularea contractului *când este singura ori principala sa cauză*” [s.n.].

⁸⁷ A se vedea J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., 1, nr. 198.

⁸⁸ De exemplu, numai ținând seama de vârsta persoanei, capacitatea acesteia, nivelul ei de cunoștințe, mediul în care trăiește etc. se va putea ajunge la concluzia că nu era în măsură să cunoască legea, aprecierea *in abstracto* putând întări această concluzie sau putând să fie lipsită de orice relevanță.

Care anume norme pot să constituie obiectul erorii: numai cele dispozitive sau și cele imperative? S-a opinat că din domeniul erorii trebuie exceptate „normele imperative ori cele ce privesc ordinea publică”⁸⁹. În ce ne privește, considerăm că ar urma să fie exceptate numai normele imperative de «ordine publică», în cazul acestora prevalând interesul general. Cât privește normele dispozitive, acestea oricum, prin chiar natura lor, se află la discreția celor interesați; normele imperative, altele decât cele de ordine publică, sunt cele care cu precădere pot face obiectul erorii, iar psihologic eroarea în privința acestora nu se deosebește cu nimic de eroarea în privința normelor dispozitive. Nu-și are locul, nici justificarea, pentru cel care se prevalează de eroare, să îndeplinească încă o condiție, adeseori dificilă: să distingă între normele imperative și cele dispozitive.

Dolul celeilalte părți din convenție – nefiind decât o eroare provocată –, dacă se confirmă, va avea următoarele consecințe: partea indusă în eroare va putea cere anularea actului numai pentru motiv de dol, în condițiile art. 960 C. civ.; va putea invoca dolul pentru a-și dovedi eroarea, știut fiind că proba dolului e mai lesnicioasă decât cea a erorii; reținându-se dolul, totdeauna eroarea va trebui considerată scuzabilă; în condițiile existenței dolului, partea va putea cere nu numai anularea actului, dar și daune-interese. Comportamentul sau atitudinea neloială din partea cocontractului, în esență, trebuie să aibă același regim ca și cel aplicabil în cazul dolului⁹⁰. În fine, regimul juridic aplicabil n-ar putea fi altul nici în

⁸⁹ Gh. Beleiu, op. cit., p. 153.

⁹⁰ În raporturile dintre comercianți și consumatori, ni se par semnificative două acte normative, care sunt de natură să prevină și eroarea de drept: Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori („Monitorul Oficial al României”, nr. 560 din 10 noiembrie 2000. Prin modificările și completările legii, prin Legea nr. 65/2002, s-a mai precizat că prevederile acesteia se aplică și bonurilor de comandă sau bonurilor de livrare, biletelor, tichetelor și altora asemenea care conțin stipulări sau referiri la condiții generale prestabilite); O.G. nr. 130/2000 privind regimul juridic al contractelor la distanță („Monitorul Oficial al României”, nr. 431 din 2 septembrie 2000).

cazul în care un funcționar al autorității administrației publice, «deliberat», a oferit persoanei informații sau documente denaturate pentru a o induce în eroare.

În cazul în care administrația publică procură persoanei, «involtuntar», informații inexacte sau incomplete⁹¹, dacă acestea au fost determinante pentru comportamentul ulterior al persoanei, aceasta va putea invoca eroarea de drept și o va putea proba în condiții mai lesnicioase.

Jurisprudența ulterioară încheierii actului, contrară reprezentării pe care partea și-a făcut-o la momentul încheierii actului, nu poate fi un motiv pentru invocarea erorii de drept, nu numai pentru că actul jurisdicțional are efecte doar *inter partes*, dar și pentru că el însuși nu creează norme legale generale și de aplicare repetată.

În condițiile actualelor prevederi constituționale, potrivit cărora deciziile Curții Constituționale sunt „general-obigatorii”, iar Înalta Curte de Casație și Justiție „asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii” [art. 147 alin. ultim și art. 126 alin. (3) din Constituție],

aprobată prin Legea nr. 51/2003, care a adus ordonanței unele modificări și completări; Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic („Monitorul Oficial al României”, nr. 483 din 5 iulie 2002). Problema obligației de informare poate fi însă și trebuie examinată într-un context mai larg (a se vedea D. Chirică, Obligația de informare și efectele ei în faza precontractuală a vânzării-cumpărării, în „Revista de drept comercial”, 1999, nr. 7-8, p. 17 și urm. Am aduce în atenție două idei din acest substanțial studiu: creditorul obligației de informare are și el obligația de a se informa; pentru vânzările ocazionale, încheiate între particulari, obligația de informare funcționează în limitele loialității și bunei-credințe, „astfel cum acestea sunt conturate de dolul prin reticență”). Articolul 915 din proiectul Codului civil, printr-o normă de trimitere, precizează că orice contract încheiat cu consumatorii intră sub incidența legilor privitoare la protecția consumatorilor; sunt însă asimilate acestora și contractele încheiate de părți „între care există un dezechilibru economic sau informațional major”.

⁹¹ În context, privind raporturile dintre administrația publică și cetățeni, a se vedea: Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informații de interes public („Monitorul Oficial al României”, nr. 663 din 23 octombrie 2001); Legea nr. 52/2003 privind transparența decizională în administrația publică („Monitorul Oficial al României”, nr. 70 din 3 februarie 2003).

precum și în raport cu prevederile art. 329 alin. (1) C. proc. civ., în sensul căroră deciziile în interesul legii se pronunță „pentru a se asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii pe întreg teritoriul României”, putem admite că aceste decizii, dacă sunt contemporane cu actul juridic încheiat, pot fi invocate în sprijinul erorii de drept săvârșite, prin interpretarea altfel a normei legale incidente. Producându-și însă efectele numai pentru viitor, ele nu vor putea fi invocate pentru a repune în discuție situații juridice anterioare pronunțării lor.

Exceptând punerea în discuție a unor drepturi deja dobândite, legea interpretativă ar putea constitui temeiul invocării erorii de drept.

32.2. Caracterul scuzabil al erorii sau, cu alte cuvinte, situarea erorii în afara oricărei culpe aparținând aceluia care invocă eroarea. Condiția aceasta pare illogică: dacă eroarea este inexcuzabilă, ea nu a viciat consimțământul? Răspunsul a fost dat fără menajamente: „Socialmente, prostia nu poate justifica periclitarea stabilității legăturilor contractuale. Moralmente, este legitim să nu se acorde protecție legală atunci când pretinsa victimă a comis o greșeală impardonabilă, lăsându-se purtată de himere”⁹². De altfel, părțile au nu numai obligația «reciprocă» de a se informa, dar și obligația «proprie» fiecăreia de a se informa⁹³.

⁹² B. Starck, op. cit., 2, nr. 420. În același sens: J. Ghestin, op. cit., nr. 82, 83, împreună cu numeroasele repere doctrinare și jurisprudențiale; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., 1, nr. 206. Exceptând legea civilă germană, unde, la art. 119 alin. (1), se precizează că eroarea trebuie să fie determinantă pentru un „om rezonabil”, majoritatea țărilor din Uniunea Europeană nu admit eroarea inexcuzabilă în contracte. Din câte știm, numai legea civilă din Quebec, în art. 30 și 39, arată că „eroarea, chiar inexcuzabilă, viciază consimțământul”. Articolul 933 din proiectul Codului civil precizează: „Eroarea care, după împrejurări, putea fi cunoscută cu diligențe rezonabile nu atrage anularea contractului”.

⁹³ De lege ferenda, noțiunea de «eroare inexcuzabilă» ar putea fi precizată în contextul mai larg al obligației de instruire sau de informare. Această obligație nu este specifică domeniului nulității pentru eroare.

Caracterul scuzabil al erorii se va aprecia *in concreto*⁹⁴ și suveran de către instanță. Credem că nu este cazul să se adauge că eroarea inexcuzabilă există numai atunci când ar fi vorba de o culpă grosieră⁹⁵, putându-se astfel confunda culpa gravă cu eroarea inexcuzabilă. Eroarea inexcuzabilă nu este altceva decât o eroare culpabilă⁹⁶. Ea nu trebuie confundată nici cu eroarea asupra propriei prestații⁹⁷, eroare care, adeseori, își are sursa tocmai în faptul ignorării legii sau în cel al falsei interpretări a dispozițiilor legale⁹⁸.

Această din urmă precizare ar putea fi constituită în condiție distinctă pentru invocarea erorii de drept: *eroarea să nu fie consecința propriei culpe*. Exigența astfel formulată derivă din principiul bunei-credințe și din principiul echității, care guvernează raporturile contractuale. Uneori, condiția inexistenței propriei culpe a fost fundamentată pe culpa *in contrahendo*, de regulă însă s-a făcut pur și simplu aplicarea principului consacrat în legea civilă: „Orice faptă a omului, care cauzează altuia prejudiciu, obligă pe acela din a cărui greșeală s-a ocazionat, a-l repara”.

Eroarea inexcuzabilă nu poate justifica, așadar, anularea contractului. În aprecierea însă a unei astfel de erori nu se poate face abstracție de conduita celeilalte părți, parte contractantă în egală

⁹⁴ Un exemplu ni se pare edificator: potrivit art. 138 C. proc. civ., dovezile care nu sunt cerute în condițiile prevăzute de art. 112, 115 și 132 nu vor mai putea fi invocate; totuși, între altele, se prevede și o excepție întemeiată pe „neștiința sau lipsa de pregătire a părții” [s.n.], dacă ea nu a fost asistată sau reprezentată de un avocat.

⁹⁵ Astfel s-a opinat de H.L.J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1^{er} vol. Obligations. Théorie générale, par F. Chebas, Montchrestien, 1985, nr. 175.

⁹⁶ J. Ghestin, op. cit., nr. 84.

⁹⁷ *Idem*, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, cit. *supra*, nr. 81.

⁹⁸ Eroarea asupra valorii nu e o cauză de nulitate, dar aceasta nu poate implica ideea că nici eroarea asupra propriei prestații n-ar fi o asemenea cauză.

măsură interesată de valabilitatea și eficacitatea convenției⁹⁹. Atunci când cocontractantul cu victima erorii a fost de bună-credință, anularea contractului nu este justificată. Este adevărat că eroarea este un viciu de consimțământ, nu un viciu al contractului, dar tot atât de adevărat este că ea antrenează nulitatea contractului, interesând așadar ambele părți ale acestuia.

Prin urmare, eroarea nu justifică anularea contractului decât atunci când cealaltă parte a cunoscut, putea sau trebuia să cunoască importanța esențială atribuită de victima erorii calităților obiectului convenției¹⁰⁰. Altfel, eroarea este inexcuzabilă.

*

Tema prezumției de cunoaștere a legii și, corelativ acesteia, aceea a erorii de drept rămân desigur discutabile. În perspectiva însă a adoptării unui nou Cod civil, un efort comun pentru a le cristaliza ni se pare necesar și util.

⁹⁹ Ideea profesată cândva, în sensul căreia art. 1110 din Codul civil francez – căruia îi corespunde art. 954 din legea noastră civilă – nu solicită ca eroarea să fie „comună”, nu solicită o „dublă eroare” a ambelor părți din convenție, este demult abandonată. De altfel, nu este vorba nici de „eroare comună”, nici de „partajarea erorii”, nici de eroare „unilaterală” sau „bilaterală”, ci pur și simplu de examinarea bunei sau relei-credințe a celeilalte părți în contract, în egală măsură interesată de soarta acestuia.

¹⁰⁰ Pe larg, a se vedea J. Ghestin, op. cit., nr. 138 și urm., îndeosebi nr. 147. Eroarea de fapt – precizează art. 931 din proiectul Codului civil – nu atrage anularea „decât atunci când poartă asupra substanței obiectului sau a unei alte împrejurări considerate esențiale de către părți ori care, potrivit naturii contractului și condițiilor în care a fost încheiat, trebuie privite ca esențiale”.

Secțiunea a 2-a

Ficțiuni juridice în procedura legislativă și administrativă

33. Ficțiuni juridice în procedura legislativă

33.1. Adoptarea legii sau a ordonanței de urgență prin neadoptare

A. *Reglementare.* Oricât de șocantă pare formularea acestei ipoteze – ceva în genul „am făcut ceea ce nu am făcut” –, ea exprimă totuși o realitate. În urma revizuirii Constituției României din 1991, prin Legea nr. 429/2003¹⁰¹, în procedura de adoptare a legilor, precum și în procedura de «adoptare» a ordonanței de urgență au fost consacrate, între altele, două semnificative «inovații», care excelează prin originalitate. Astfel, în procedura legislativă, art. 75 alin. (2) din Constituție prevede: „Prima Cameră sesizată se pronunță în termen de 45 de zile. Pentru coduri și alte legi de complexitate deosebită termenul este de 60 de zile. În cazul depășirii acestor termene se consideră că proiectele de legi sau propunerile legislative au fost adoptate.” [s.n.] Se precizează apoi că, după adoptare sau respingere de către prima Cameră, proiectul sau propunerea legislativă se trimite celeilalte Camere, care va decide „definitiv”. Cât privește dezbaterea și eventuala adoptare a ordonanței de urgență, art. 115 alin. (5) teza a II-a din Constituție prevede de asemenea: „Dacă în termen de cel mult 30 de zile de la depunere, Camera sesizată nu se pronunță asupra ordonanței, aceasta este considerată adoptată și se trimite celeilalte Camere care decide de asemenea în procedură de urgență.” [s.n.]

Abstracție făcând pentru moment de însuși fondul reglementării, scopul acesteia rezultă îndubitabil: accelerarea procedurii legislative și, pe cale de consecință, accentuarea eficacității procesului decizional, în condițiile conservării bicameralismului și, în aceleași condiții, procurarea altor elemente de raționalizare în

¹⁰¹ Publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 758 din 29 octombrie 2003.

structura și în funcționarea Parlamentului. Rămânem însă cu temerea că neajunsurile reglementării precumpănesc, convertind presupusele avantaje în simple iluzii, adică în ficțiuni: aprecierea unui proiect de lege sau a unei propuneri legislative ca fiind „de complexitate deosebită”, pentru a beneficia de termenul de 60 de zile, aparține discreționar primei Camere sesizate, cea de-a doua Cameră neavând dreptul să «recalifice» proiectul sau propunerea sub aspectul arătat și să întreprindă vreo măsură în raport cu propria apreciere; termenul de 45 de zile, respectiv cel de 60 de zile par a fi termene de «decădere», dar este imposibil în cadrul exercitării suverane a prerogativelor de putere ca una dintre Camere să decadă din exercițiul atribuțiilor ei legislative; în condițiile arătate, devin inaplicabile dispozițiile art. 75 alin. (4) teza a II-a din Constituție cu privire la «întoarcerea legii»; în ipoteza delegării legislative, dacă legea de abilitare prevede aprobarea de către Parlament a ordonanței, controlul parlamentar din partea uneia dintre Camere este înlăturat, acest control neputându-se considera ca îndeplinit prin neadoptarea proiectului legii de aprobare a ordonanței; sub «presiunea» termenului în care Camera trebuie să se pronunțe, aceasta poate dezbate și delibera cu superficialitate; celeritatea procesului legislativ, asigurată prin obligarea Camerei să se pronunțe într-un termen predeterminat, poate fi anulată prin faptul că cea de-a doua Cameră nu este constrânsă să decidă definitiv într-un anume termen; dar și mai ales, în situațiile arătate, deși numericeste Parlamentul are o structură bicamerală, funcțional el se manifestă ca Parlament unicameral.¹⁰²

¹⁰² Un autor considera că prin sistemul descris, pe fondul unui anumit eclectism juridic, dispozițiile art. 75, corelate cu cele ale art. 65 din Constituție, desființează bicameralismul românesc „prin instituirea a 3 parlamente unicamerale, Camera Deputaților, Senatul și Parlamentul, reunit în ședințe comune, ceea ce este contrar art. 61 din Constituție, în virtutea căruia Parlamentul este unica autoritate legiuitoare a țării, el fiind alcătuit din Camera Deputaților și Senat” (*I. Vida, Antinomii intraconstituționale, în „Pandectele Române”, Ed. „Rosetti”, București, 2004, nr. 1, p. 195*).

Enormitatea tehnicii procedurale de adoptare a legii prin neadoptare rezultă și prin conjugarea dispozițiilor art. 75 alin. (2) și ale art. 115 alin. (5), cu cele ale art. 77 alin. (2) și ale art. 147 alin. (1) din Constituție.

Potrivit art. 77 alin. (2) din Constituție, înainte de promulgare, Președintele României poate cere *Parlamentului*, o singură dată, reexaminarea legii, ceea ce înseamnă că asupra cererii de reexaminare trebuie să se pronunțe ambele Camere, potrivit procedurii de adoptare a legilor. Dar, dacă, în condițiile prevăzute de art. 75 alin. (2), prin depășirea termenului, prima Cameră sesizată nu s-a pronunțat asupra proiectului sau propunerii legislative a cărei reexaminare se cere, urmează totuși să «reexamineze» o lege pe care, *faptic*, n-a adoptat-o sau să reexamineze o lege adoptată definitiv numai de către cealaltă Cameră.

Potrivit art. 147 alin. (1) din Constituție, dispozițiile din legele în vigoare constatate ca fiind neconstituționale își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale, dacă, în acest interval, *Parlamentul* nu pune de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Cum însă art. 75 alin. (2) nu prevede nici o excepție, înseamnă că prima Cameră sesizată, prin împlinirea termenului de 45 de zile sau de 60 de zile, este posibil să nu participe, *efectiv*, la punerea de acord a prevederilor neconstituționale.

În «lanțul slăbiciunilor» acestui sistem să mai înscriem o ipoteză de discuție. Curtea Constituțională se pronunță asupra constituționalității legilor, înainte de promulgarea acestora, inclusiv la sesizarea unui număr de cel puțin 50 de deputați sau de cel puțin 25 de senatori. Înseamnă că un astfel de grup parlamentar, aparținând primei Camere sesizate, care, în condițiile art. 75 alin. (2), nu s-a pronunțat *efectiv* asupra proiectului sau a propunerii legislative, poate totuși să invoce o obiecție de neconstituționalitate în legătură cu legea care, efectiv, a fost adoptată numai de cealaltă Cameră. Teoretic așadar, este posibil să se procedeze astfel; practic însă, stăruie un paradox.

Toate aceste artificii nu și-ar fi avut locul dacă artificul primar – adoptarea legii prin neadoptare – n-ar fi fost procurat, numai

pentru a imagina distincții în structura bicamerală a Parlamentului, distincții care, în realitate, nu există.

Soluția rezonabilă și prin nimic păgubitoare era alta, dependentă exclusiv de voința politică a celor care, mai presus de interesul îngust și condamnat pentru sinecure electorale postulează interesul general; o soluție simplă, eficace, revoluționară, în afara oricăror suspiciuni sau stigmatizări, în consonanță cu așteptările majorității: unicameralismul. Altfel, ne întrebăm iarăși dacă nu avea dreptate un doctrinar atunci când constata că bicameralismul constituie unul dintre cele mai mari eșecuri ale practicii democratice contemporane¹⁰³.

B. Natura adoptării legii prin neadoptare. Enigmatică, precum o ficțiune, sub aspectul naturii ei, rămâne «invenția» adoptării legii prin neadoptare.

a) La un prim nivel de aproximare, practic, «deposedarea» Camerei de proiectul sau propunerea legislativă, pentru că nu s-a pronunțat în 45 de zile sau, după caz, în 60 de zile, și trimiterea acesteia celeilalte Camere, care va decide definitiv, are aparența unei «sanțiuni» pentru lipsă de dinamism sau, poate, incompetența de a decide într-un termen considerat aprioric ca rezonabil. Unii, malițioși, mai ales în cazul procedurii de urgență și pentru o ordonanță de urgență, și-ar permite să vorbească despre „lene”, „dezinteres”, „ignoranță”, „abuz” etc. Ipoteza sancțiunii credem că nu poate fi acceptată, din cel puțin următoarele motive: Parlamentul și Camerele acestuia nu pot fi sancționate «juridic», ci numai «politic» pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă a atribuțiilor ce le revin; dintr-o situație «negativă», constând în aplicarea unei sancțiuni, nu poate rezulta o situație «pozitivă», constând în adoptarea totuși a legii neadoptate; dacă legea se consideră totuși adoptată, nu subzistă temeiul sancționării; dacă, ipotetic vorbind, Camera a fost «sancționată», devine imposibil de înțeles cum ea mai poate participa la perfectarea legii neadoptate,

¹⁰³ A. de Bacque, Une histoire de la démocratie en Europe, Paris, Ed. Le Monde, 1991, p. 35.

prin procedura reexaminării acesteia sau prin procedura punerii ei de acord cu dispozițiile constituționale, în ipotezele arătate.

Sigur, s-ar putea spune că toate acestea sunt simple speculații și, prin urmare, inutile. Dar la astfel de speculații și la astfel de inutilități îndeamnă «artificiul» adoptării legii prin neadoptare.

b) Așadar, dacă, în termenele prevăzute, Camera sesizată nu se pronunță, proiectul de lege sau propunerea legislativă, respectiv ordonanța de urgență, după caz, „se consideră adoptată”¹⁰⁴. Expresia „se consideră” îndeamnă la calificarea tehnicii de adoptare a legii sau a ordonanței de urgență prin neadoptare ca «presumpție».

¹⁰⁴ Anterior revizuirii Constituției, art. 114 alin. (4) prevedea că ordonanțele de urgență intră în vigoare numai după depunerea lor spre „aprobare” la Parlament. Acum, după revizuirea Constituției, art. 115 alin. (5) prevede că ordonanța de urgență intră în vigoare numai după depunerea ei spre dezbateră în procedură de urgență la Camera competentă să fie sesizată și după publicarea ei în Monitorul Oficial al României; dar, dacă acea Cameră care a fost sesizată nu se pronunță asupra ordonanței în cel mult 30 de zile de la depunere, „aceasta este considerată adoptată” [s.n.] și se trimite celeilalte Camere, care decide de asemenea prin procedură de urgență. Cum se poate observa, termenul „aprobare” a fost înlocuit cu termenul „adoptare”. În opinia noastră, nu poate fi vorba de o simplă modificare terminologică. Dacă, în trecut, prin „aprobare”, ordonanța, rămânând, prin sursa ei, un act juridic normativ al Guvernului, dobândea „forța juridică” a unei legi, acum, prin „adoptare”, considerăm că ea însăși devine lege. Dar astfel s-a introdus o distincție nejustificată în categoria ordonanțelor: în temeiul art. 115 alin. (3) din Constituție, dacă legea de abilitare o cere, ordonanța se supune „aprobării” Parlamentului; în temeiul art. 115 alin. (5) din Constituție, ordonanța de urgență se „adoptă”. În ce ne privește, considerăm că numai existența unor „situații extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată” nu justifică tratamentul juridic diferit, întrucât, esențialmente, atât ordonanța emisă pe baza unei legi de abilitare, cât și ordonanța de urgență, sunt acte juridice de aceeași natură, emise de Guvern în contextul delegării, aflându-se de altfel reglementate împreună sub același titlu – „delegarea legislativă”. Suntem astfel în prezența unei reale antinomii, alături de altele care s-au «strecurat» în cuprinsul reglementărilor constituționale (a se vedea și studiul lui I. Vida, op. cit., *passim*).

S-a și considerat de altminteri că este o „prezumție absolută”: „Pentru o presupusă accelerare a procesului legislativ, Constituția României instituie o *prezumție absolută*, în virtutea căreia un proiect de lege, chiar dacă nu a fost votat de o Cameră, se consideră adoptat prin simpla trecere a timpului. La împlinirea termenului de 45 sau de 60 de zile, după caz, proiectul de lege se consideră adoptat. Presumția se bazează pe o presupusă *acceptare tacită* a proiectului de lege, pe *lipsa obiecțiilor* primei Camere sesizate și pe o *anumită inutilitate a intervenției legislative a primei Camere*, în condițiile în care opiniile sale rămân fără obiect, mai ales dacă cealaltă Cameră este singura aptă să stabilească noua reglementare juridică”¹⁰⁵ [s.n.].

Mai întâi, am face observația că la fundamentul prezumției nu se poate așeza presupusa „inutilitate a intervenției legislative a primei Camere”, întrucât, chiar dacă cealaltă Cameră este aceea care „decide definitiv”, prin „întoarcerea legii”, în condițiile prevăzute de art. 75 alin. (5) din Constituție și prin procedura reexaminării legii, la cererea Președintelui României, ori a punerii de acord a legii cu dispozițiile Constituției, în urma deciziei Curții Constituționale, Camera care nu s-a pronunțat asupra proiectului sau propunerii legislative, în cele din urmă, își dovedește totuși «utilitatea». Argumentul rămâne însă cel puțin discutabil și pentru că ideea de «inutilitate» a uneia dintre Camere în procedura legislativă pune grav în discuție însăși rațiunea bicameralismului. Sigur că, în condițiile unui stat unitar și din cu totul alte motive, substanțiale însă, în opinia noastră¹⁰⁶, unicameralismul era de preferat față de bicameralism. Dar odată consacrat bicameralismul, ideea de inutilitate a uneia dintre Camere este o contradicție în termeni: bicameralism cu o Cameră inutilă.

Am face de asemenea tot o observație preliminară, provocată de argumentarea fundamentului «prezumției absolute», conside-

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 193.

¹⁰⁶ A se vedea I. Deleanu, Instituții și proceduri constituționale – în dreptul comparat și în dreptul român –, tratat, Ed. „Servo-Sat”, Arad, 2003, nr. 225.

rându-se că ea «se bazează» pe câteva «presupuneri», care, așa cum sunt descrise, n-ar putea fi decât «relative». Bunăoară, chiar abstracție făcând de presupusa inutilitate a intervenției legislative a primei Camere, presupusa „lipsă a obiecțiilor” nu este totdeauna reală, căci, poate tocmai din cauza unor asemenea obiecții, nerezolvate în întregime în cursul dezbaterilor și mai ales în condițiile unei proceduri de urgență, Camera nu s-a putut «pronunța» în termenul prestabilit. Oricum, pe de o parte, ar rezulta o prezumție din alte prezumții, ceea ce ni se pare discutabil, iar pe de alta ar rezulta o prezumție, absolută, din alte prezumții, relative, ceea ce iarăși ni se pare discutabil.

Ideea de prezumție este însă contrazisă de însăși logica acesteia¹⁰⁷.

Astfel cum s-a mai precizat, prezumția este un raționament – inductiv și deductiv – care «urcă» de la un fapt *cunoscut* spre unul *necunoscut*, iar apoi «coboară» spre faptul concret, determinat, care își așteaptă evaluarea și calificarea. Or, în situația examinată, faptul *cunoscut* este «neadoptarea» legii sau a ordonanței de urgență. Având o asemenea premisă majoră, concluzia silogismului nu poate fi «adoptarea» totuși a legii sau a ordonanței. Pe scurt, răspunsul nu poate fi simetric invers.

c) Admițând însă, ca ipoteză de discuție, că am fi în prezența unei «prezumții absolute», concluzia reală pe care aceasta o implică este că suntem în prezența unei ficțiuni juridice.

Prezumția absolută, irefragabilă – poate n-ar trebui să o mai spunem – nu-și are locul printre prezumții, fiind un nonsens termenul de prezumție și natura irepresibilă a acesteia. Ea este de fapt o ficțiune juridică.

Ficțiunea juridică a adoptării legii sau ordonanței de urgență prin neadoptare trebuie calificată ca atare întrucât astfel se contrazice, se deformează ori se alterează «realitatea juridică», în sensul căreia – exprimând logica inextricabilă a bicameralismului – o lege nu poate fi decât produsul conjunct al manifestărilor de voință din

¹⁰⁷ Pe larg, a se vedea *supra*, nr. 20.

partea ambelor Camere ale Parlamentului. Altminteri, voința corpului electoral sau, cum emfatic se spune, voința Națiunii s-ar obiectiva doar prin rostirea ei de către o parte a mandatarilor desemnați și poate că, numericeste, de cei mai puțin reprezentativ. Invers, s-ar putea spune că neadoptarea explicită a legii de către cealaltă parte a mandatarilor Națiunii exprimă tocmai voința acesteia. Nici un criteriu, oricât ar fi de ingenios, nu ne va ajuta să ieșim din această situație dilematică și enigmatică, câtă vreme puterea originară nu are posibilitatea să se pronunțe ea însăși.

O întrebare retorică stăruie în cele din urmă: este posibil și admisibil ca voința Națiunii să fie exprimată pe calea unor ficțiuni?

33.2. Adoptarea proiectului de lege prin procedura angajării răspunderii politice de către Guvern

A. *Reglementare.* Articolul 114 din Constituție, în contextul instituției angajării răspunderii Guvernului, instituie o procedură specială de adoptare a unui proiect de lege. În sensul dispozițiilor constituționale, Guvernul își poate angaja răspunderea în fața Camerei Deputaților și a Senatului, în ședință comună, asupra unui program, a unei declarații de politică generală sau a unui proiect de lege. Guvernul este demis dacă o moțiune de cenzură, depusă în termen de 3 zile de la prezentarea programului, a declarației de politică generală sau a proiectului de lege, a fost votată în condițiile art. 113 din Constituție. Dacă Guvernul nu a fost demis în condițiile arătate, „proiectul de lege, modificat sau completat, după caz, cu amendamentele acceptate de Guvern, se consideră adoptat, iar aplicarea programului sau a declarației de politică generală devine obligatorie pentru Guvern” [s.n.]. În fine, alineatul ultim al art. 114 mai precizează că, „în cazul în care Președintele României cere reexaminarea legii adoptate”, în condițiile arătate, „dezbaterea acesteia se va face în ședință comună a celor două Camere” [s.n.].

Cum spuneam într-un alt context¹⁰⁸, Guvernul pune Parlamentul în situația limită de a opta între acceptarea opțiunii lui sau

¹⁰⁸ I. Deleanu, Instituții și proceduri constituționale – în dreptul comparat și în dreptul român –, tratat, cit. *supra*, nr. 242, p. 571.

demitere. Ce e drept, Guvernul însuși ajunge astfel în situația unui «funambul»; forțând Parlamentul să opteze, el câștigă sau pierde. Altfel spus, angajarea răspunderii este «șansa» sau «riscul» Guvernului, ca organ colectiv și solidar.

O prealabilă precizare credem că nu trebuie evitată. Atunci când Guvernul își angajează răspunderea asupra unui program sau asupra unei declarații de politică generală, aplicarea acesteia „devine obligatorie pentru Guvern”, în condițiile prevederilor art. 114 din Constituție.

Cu oricâtă bunăvoință am trata formularea textului constituțional, nonsensul acesteia nu poate fi estompat: Guvernul nu trebuie să recurgă la procedura angajării răspunderii lui politice pentru ca un «propriu» program sau o «proprie» declarație să-i fie obligatorie. Aici nu este vorba de o ficțiune, ci chiar de un nonsens. Sensul textului ar fi trebuit să fie acela că programul sau declarația se consideră «acceptate» de Parlament. Pentru că, într-adevăr, chiar pe o cale indirectă, Guvernul își riscă mandatul în scopul de a obține legitimarea parlamentară a programului sau a declarației sale. Altminteri, demersul său ar fi lipsit de noimă, afară doar dacă, riscând atât de mult, obține atât de puțin: verificarea sprijinului parlamentar, în condițiile unei majorități parlamentare fragile și letargice. S-a voit însă să se evite ideea de «însușire» de către Parlament a programului sau a declarației, acestea trebuind să rămână propriile acte ale Guvernului, susceptibile de control parlamentar. Inutile însă asemenea subtilități, care, în cele din urmă, au condus la un galimatias de ipoteze. «Acceptând» programul sau declarația, Parlamentul nu le repudiază sorgintea ci, într-adevăr, astfel le conferă obligativitate; «acceptând» programul sau declarația, Parlamentul nu-și abandonează *a priori* prerogativele de control asupra activității Guvernului, cât privește modalitățile de aducere la îndeplinire a programului sau de finalizare a declarației.

B. *Natura adoptării sau a respingerii proiectului de lege.* În legătură cu procedura deturnată de adoptare a unui proiect de lege – un veritabil escamotaj al prerogativelor Parlamentului – ajungem pe terenul nisipos al ficțiunilor juridice.

Așadar, să punctăm din nou: a) Dacă nu s-a depus o moțiune de cenzură, textul proiectului de lege¹⁰⁹ se consideră adoptat în întregime, așa cum l-a formulat inițiatorul acestuia; b) Dacă s-a depus o moțiune de cenzură, dar aceasta nu a fost adoptată cu cel puțin majoritatea absolută, votul negativ asupra moțiunii se transformă într-un vot pozitiv – rezultat din cumulul voturilor negative cu cele de abținere, precum și cu cele virtuale ale parlamentarilor absenți – în favoarea proiectului de lege; c) Dacă s-a depus o moțiune de cenzură și aceasta a fost adoptată cu cel puțin majoritatea absolută, nu numai că Guvernul este demis, dar și proiectul de lege se consideră respins.

O suită de ficțiuni juridice, necalificate desigur ca atare, dar, în opinia noastră, incontestabile ficțiuni, implică această complexă și incitantă instituție a angajării răspunderii Guvernului. Astfel:

– În prima ipoteză (a), deși proiectul de lege nu a fost el însuși dezbătut și adoptat, el se consideră totuși adoptat. O lege rezultă dintr-un vot tacit și global, artificial dedus dintr-o atitudine pasivă a parlamentarilor sau a cel puțin unei părți din numărul acestora, care n-au voit, n-au putut ori n-au reacționat în 3 zile prin depunerea unei moțiuni de cenzură. Nici o deliberare explicită din partea Parlamentului n-a avut loc. Și totuși, desăvârșita expectativă a parlamentarilor produce – ciudat, nu-i așa? – două efecte «pozitive»: reconfirmarea în funcție a Guvernului, care, ca alternativă la moțiunea de cenzură, chiar aceasta a urmărit; adoptarea unui proiect de lege, prin escamotarea prerogativelor Parlamentului de a-l dezbate și eventual de a-l adopta, practic, prin înlăturarea procedurii legislative obișnuite.

¹⁰⁹ Întrucât Constituția precizează că este vorba de textul unui „proiect de lege”, urmează ca, într-o interpretare restrictivă, să înțelegem că nu poate face obiectul acestei proceduri orice «text» susceptibil de votare, ci numai o inițiativă legislativă «formată», adică întrunind exigențele de tehnică legislativă prevăzute de Legea nr. 24/2000 („Monitorul Oficial al României”, nr. 139 din 31 martie 2000). Sintagma «proiect de lege», formulată la singular, trebuie să inculce ideea, contrară practicii guvernamentale, că nu poate fi vorba de un «pachet de legi», chiar dacă poartă o denumire unică.

Între cele două instituții – moțiunea de cenzură și adoptarea unui proiect de lege – esențialmente nu există nici o legătură, ele însele fiind artificial asociate. Cel mult, s-ar putea spune că există o legătură între angajarea răspunderii politice și adoptarea proiectului de lege, în sensul că adoptarea legii constituie «cauza» angajării răspunderii. Artificiul însă, constând în adoptarea legii, fără dezbateri și fără un vot explicit, nu poate fi nici măcar estompat, darămite ignorat.

Ideea unei prezumții înlăuntrul acestui mecanism nu are temei: faptul cunoscut este incontestabil acela că proiectul de lege nu a fost dezbătut și votat; de la un asemenea fapt «cunoscut» nu se poate ajunge, inductiv sau/și deductiv, la faptul așa-zis «necunoscut» că proiectul de lege a fost totuși adoptat. Și oricum, prezumția – prin definiție, căci, altfel, nu e prezumție, ci invenție legislativă, adică ficțiune – reclamă un certificat «statistic» de probabilitate¹¹⁰, inexistent în ipoteza examinată, iar dacă prezumția este irefragabilă – cum ar trebui să se considere în circumstanțele arătate –, atunci iarăși ne reîntoarcem în domeniul ficțiunilor, fiind illogic, anacronic, absurd chiar ca o prezumție să fie irepresibilă¹¹¹.

Un alt element ficțional se adaugă celui deja descris. Proiectul de lege, astfel «adoptat», poate fi „modificat sau completat, după caz, cu *amendamentele acceptate de Guvern*” [s.n.]. Acceptarea amendamentelor rămâne la discreția Guvernului, fiind privilegiul derivat din riscul asumat prin angajarea răspunderii politice. Numai că nu se poate înțelege altfel, decât prin concesiile ficționale, întregirea sau adecvarea legii în modul arătat: a) Amendamentul este un substitut al dreptului de inițiativă legislativă, conferit parlamentarilor prin dispozițiile art. 74 alin. (1) din Constituție, iar asupra unei «inițiative legislative» nu se pronunță Guvernul, ci Parlamentul, ca „unică autoritate legiuitoare” – cum precizează art. 61 alin. (1) *in fine* din legea fundamentală; b) Amendamentul este o propunere, sancționată juridic prin obligativitatea examinării și a deliberării, de modificare în formă sau în fond a unui text

¹¹⁰ A se vedea *supra*, nr. 21.

¹¹¹ A se vedea *supra*, nr. 25, 26.

legislativ supus deliberării, așa încât el nu poate fi acceptat sau respins de o altă autoritate decât Parlamentul și, *a fortiori*, chiar de către inițiatorul proiectului amendat; c) Amendamentul se depune la comisia sesizată în fond cu un proiect de lege sau o propunere legislativă. Amendamentul este deci «prealabil» adoptării legii; or, Guvernul acceptă sau nu eventualele amendamente după ce, faptic, prin nedepunerea moțiunii de cenzură, proiectul de lege se consideră adoptat; d) Putem admite, ca ipoteză de discuție, că nu s-a depus o moțiune de cenzură în considerarea admisibilității proiectului de lege, în forma sa originară de la momentul angajării răspunderii politice. Acceptându-se însă unele amendamente, la momentul când, expirând cele 3 zile, nu mai este posibilă depunerea unei moțiuni de cenzură, prin votul tacit și global asupra proiectului rezultă de fapt o *altă lege* decât aceea pe care au avut-o în vedere parlamentarii, ca «motiv» al angajării răspunderii politice de către Guvern.

– Ficțiunea juridică se conservă și în cea de-a doua ipoteză (b). Depunându-se o moțiune de cenzură, nerealizarea majorității pentru adoptarea ei – a *moțiunii* – are ca efect nu doar păstrarea în funcție a Guvernului, ceea ce este logic și lesne de înțeles, ci, prin «ricșeu», are ca efect și «adoptarea» proiectului de lege, niciodată dezbătut și niciodată votat. Cum ar zice un malițios, una s-a dezbătut și s-a votat, dar altceva a rezultat. Sistemul nu este condamnat. El este chiar eficace și cu un dublu rezultat. Dar admiterea ideii de ficțiune juridică este inevitabilă, altfel neputându-se înțelege transferul de efecte în urma deliberării.

– Ideea de ficțiune juridică nu poate fi înlăturată nici în cea de-a treia ipoteză (c), atunci când, adoptându-se moțiunea de cenzură, Guvernul este demis. Deși art. 114 alin. (2) din Constituție nu precizează care va fi «soarta» proiectului de lege în cazul demiterii Guvernului, trebuie admis că, tot prin «ricșeu», proiectul de lege trebuie considerat ca fiind respins. Într-adevăr, în condițiile aplicării sancțiunii politice de demitere, ca urmare a angajării răspunderii politice, nu poate să subziste «cauza» sau «motivul» acestei angajări, căci, altfel, dacă Parlamentul ar continua dezbateră și

votarea proiectului de lege, această soluție ar anula măsura demiterii prin adoptarea unei moțiuni de cenzură. De altminteri, o excepție consacrată constituțional nu face decât să confirme concluzia la care am ajuns: numai într-o situație expres prevăzută, Parlamentul poate reveni asupra legii adoptate prin angajarea răspunderii politice de către Guvern, anume atunci când Președintele României, primind legea pentru promulgare, cere reexaminarea acesteia – art. 114 alin. (4) din Constituție¹¹².

34. Ficțiuni juridice în procedura administrativă

34.1. Aprobarea tacită

A. *Reglementare*. Procedura aprobării tacite a fost introdusă prin O.U.G. nr. 27/2003¹¹³, validată, cu unele modificări și completări prin Legea nr. 486/2003¹¹⁴.

¹¹² Dispozițiile constituționale menționate nu precizează majoritatea legală pentru adoptarea legii, după reexaminare, nici dacă această majoritate trebuie să fie diferită, după cum legea este ordinară sau organică, și nici nu există vreun precedent parlamentar în această privință. Două interpretări ar fi posibile: a) Având ca reper dispozițiile art. 76 alin. (1) și (2) din Constituție, legea ordinară să fie adoptată cu cel puțin majoritatea simplă, iar legea organică să obțină cel puțin majoritatea absolută; b) Având ca reper dispozițiile art. 114 alin. (2), coroborate cu cele ale art. 113 alin. (1) din Constituție, care, pentru admiterea unei moțiuni de cenzură – cu efecte colaterale și asupra proiectului de lege – solicită majoritatea absolută, readoptarea legii – de această dată explicit – să se facă, simetric moțiunii, cu cel puțin majoritatea absolută. Înclinăm spre această din urmă soluție, întrucât: *ut nunc ratio cogit*, dacă proiectul de lege putea fi implicit respins prin admiterea unei moțiuni de cenzură cu cel puțin majoritatea absolută, legea readoptată explicit, ca urmare a unei cereri de reexaminare, nu poate fi validată cu o majoritate inferioară celei cerută la respingere; însuși art. 114 alin. (4) din Constituție instituie o derogare de la procedura comună de adoptare a legilor, precizând – simetric cu procedura de adoptare a unei moțiuni de cenzură – că dezbateră legii a cărei reexaminare s-a cerut „se va face în ședința comună a celor două Camere.”

¹¹³ „Monitorul Oficial al României”, nr. 291 din 25 aprilie 2003.

¹¹⁴ „Monitorul Oficial al României”, nr. 827 din 22 noiembrie 2003.

Articolul 1 alin. (1) din Ordonanță califică procedura aprobării tacite ca „modalitate alternativă de emitere sau reînnoire a autorizațiilor de către autoritățile administrației publice”. Același articol, la alin. (2), precizează că dispozițiile Ordonanței se aplică: a) procedurilor de emitere a autorizațiilor; b) procedurilor de reînnoire a autorizațiilor; c) procedurilor de reautorizare ca urmare a expirării termenului de suspendare a autorizațiilor sau a îndeplinirii măsurilor stabilite de organele de control competente. Dar astfel, de fapt, sunt reluate două dintre ipotezele prevăzute la alin. (1), adăugându-se o a treia ipoteză, de altminteri cu totul justificată, constând în „reautorizare”.

Articolul 3, în forma dobândită prin aprobarea Ordonanței, aduce precizări semnificative și necesare în legătură cu «termenii-cheie» din cuprinsul reglementării:

– «Autorizația» semnifică „actul administrativ emis de autoritățile administrației publice *competente*¹¹⁵ prin care se permite solicitantului desfășurarea unei anumite activități, prestarea unui serviciu sau exercitarea unei profesii” [s.n.];

¹¹⁵ Firește că un act administrativ este valabil numai dacă, între altele, el a fost emis de autoritatea administrativă competentă. Adăugarea însă, față de textul inițial, a atributului „competentă” ar putea induce concluzia că, atunci când solicitantul autorizației s-a adresat unei autorități administrative incompetente, nu operează procedura aprobării tacite. În ce ne privește, pentru a se asigura deplină eficacitate acestei proceduri și în considerarea obiectivelor urmărite, astfel cum ele sunt precizate la art. 1 din Ordonanță, opinăm că, prin conjugarea prevederilor O.U.G. nr. 27/2003 cu cele din O.G. nr. 27/2002, aprobată prin Legea nr. 233/2002, trebuie să ajungem la concluzia aplicării prevederilor acesteia din urmă și în ipoteza adusă în atenție. Într-adevăr, termenul „petiție” din O.G. nr. 27/2002 cuprinde și „cererile”, iar potrivit art. 6¹ din Ordonanță, petițiile greșit îndreptate trebuie trimise în termen de 5 zile de la înregistrare autorităților sau instituțiilor publice în ale căror atribuții intră rezolvarea problemelor semnalate în petiție, urmând ca petiționarul să fie înștiințat despre aceasta (art. 6¹ a fost introdus prin Legea nr. 233/2002, publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 296 din 30 aprilie 2002).

– «Procedura aprobării tacite» este „procedura prin care autorizația este considerată acordată dacă autoritatea administrației publice nu răspunde solicitantului în termenul prevăzut de lege pentru emiterea respectivei autorizații” [s.n.].

Articolul 3 mai face însă încă două precizări: una discutabilă, în opinia noastră; cealaltă inutilă. Prima, cea discutabilă: „noțiunea de autorizație include și avizele, licențele, permisele, aprobările sau alte asemenea *operațiuni administrative* prealabile ori ulterioare autorizării” [s.n.]. Prin această precizare, poate utilă, dar făcută într-un alt mod și cu dezvoltările necesare, asimilându-se „operațiunile administrative” cu „actele administrative”, reglementarea însăși consacră o ficțiune juridică, deformând concomitent ambele concepte. Dacă am înțeles bine, procedura aprobării tacite vizează acele acte care, prin ele însele, sunt producătoare de efecte juridice și, tocmai din acest motiv, sunt de natură să prejudicieze interesele solicitantului prin temporizarea emiterii lor. Or, cel puțin unele dintre „operațiunile administrative” arătate, prealabile ori ulterioare autorizării, nu sunt ele însele producătoare de efecte juridice¹¹⁶. În fine și mai ales, ar trebui să se distingă, după caz, înlăuntrul acestor operațiuni: dacă ele trebuie declanșate la cererea solicitantului, bunăoară o licență, vor fi ele însele guvernate de beneficiul creat prin instituirea procedurii aprobării tacite; dacă ele trebuie asigurate de autoritatea administrativă, în vederea emiterii autorizației, faptul neemiterii în termenul prevăzut de lege absoarbe implicit și operațiunile care n-au fost făcute, bunăoară,

¹¹⁶ Avizul, indiferent de categorie – facultativ, consultativ, conform – „nu produce el însuși efecte juridice”, deși, uneori, când este conform, fără el actul administrativ nu este valabil; avizele, deși concretizează o voință, „nu sunt acte administrative de sine stătătoare, ci doar operațiuni administrative foarte importante”. „Aprobarea”, „acordul” sau „confirmarea” produc efecte juridice, dar nu creează „ele însele noi raporturi juridice”, asemenea raporturi juridice luând naștere „numai prin actul juridic de bază al organului emitent, *întregit* însă și cu efectele aprobării, acordului sau confirmării, după caz”. Pe larg, a se vedea A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, ed. a III-a, vol. II, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 55 și urm.

lipsa de aprobare prealabilă sau ulterioară a autorizației solicitate. A doua, cea inutilă: „Răspunsul negativ al autorității administrației publice competente, în termenul prevăzut de lege pentru emiterea autorizației, *nu echivalează cu aprobarea tacită*” [s.n.]. Textul, introdus prin Legea nr. 486/2003, nu numai că este pleonastic și de prisos, dar el poate fi și bulversant. Din economia reglementărilor în materie rezultă cu suficientă evidență că „tăcerea”, „abținerea”, neîndeplinirea obligației de „a face” din partea autorității administrative sunt convertite în „modalitate alternativă de emitere sau reînnoire a autorizațiilor”. Atunci, răspunsul negativ și în termenul legal se situează cu totul în afara reglementării procedurii «aprobării tacite», putând însă justifica o acțiune în contenciosul administrativ comun.

Obiectivele procedurii aprobării tacite sunt precizate de art. 1 alin. (1) din Ordonanță și sunt ele însele semnificative și deplin justificative: înlăturarea barierelor administrative din mediul de afaceri; responsabilizarea autorităților administrației publice în vederea respectării termenelor stabilite de lege pentru emiterea autorizațiilor; impulsivarea dezvoltării economice prin oferirea unor condiții cât mai favorabile întreprinzătorilor, implicând costuri de autorizare cât mai reduse; combaterea corupției prin diminuarea arbitrarului în decizia administrației; promovarea calității serviciilor publice prin simplificarea procedurilor administrative. Laconismul formulărilor nu estompează bogata substanță și profunde implicații ale obiectivelor punctual enunțate.

Procedura aprobării tacite este simplă, tranșantă și exclusiv constituită în favoarea persoanei. Reluăm câteva dintre elementele care o articulează:

– Autorizația „se consideră” acordată sau, după caz, reînnoită dacă autoritatea administrației publice nu răspunde solicitantului în termenul prevăzut de lege pentru emiterea sau reînnoirea respectivei autorizații;

– Dacă legea nu prevede un termen pentru soluționarea cererii de autorizare, autoritățile administrației publice sunt obligate să soluționeze cererea de autorizare în termen de 30 de zile de la depunerea acesteia;

– Solicitantul autorizației depune, odată cu cererea, documentația completă, întocmită potrivit prevederilor legale care reglementează procedura de autorizare respectivă și potrivit informațiilor furnizate de autoritatea administrației publice;

– Dacă se constată o neregularitate a documentației depuse, autoritatea administrației publice va notifica acest fapt solicitantului autorizației, cu cel puțin 10 zile înainte de expirarea termenului prevăzut de lege pentru emiterea respectivei autorizații, dacă acest termen este mai mare de 15 zile, sau cu cel puțin 5 zile înainte de expirarea termenului prevăzut de lege pentru emiterea autorizației, dacă acest termen este mai mic de 15 zile. În astfel de situații, termenul de emitere sau, după caz, de reînnoire a autorizației se prelungește în mod corespunzător cu 10 zile, respectiv cu 5 zile.

– După expirarea termenului stabilit de lege pentru emiterea autorizației și în lipsa unei comunicări scrise din partea autorității administrației publice, solicitantul *poate desfășura activitatea, presta serviciul sau exercita profesia pentru care s-a solicitat autorizarea*;

– Totuși, pentru obținerea documentului oficial, solicitantul se poate adresa autorității în cauză sau „direct instanței judecătorești”. Autorității administrației publice i se aduce la cunoștință „existența cazului de aprobare tacită” și i se solicită „eliberarea documentului oficial”, prin care – cum impropriu precizează art. 8 alin. (1) din Ordonanță – „se permite desfășurarea unei activități, prestarea unui serviciu sau exercitarea unei profesii” [s.n.]¹¹⁷.

– Dacă autoritatea administrației publice nu răspunde sau refuză să elibereze documentul oficial, solicitantul se poate adresa

¹¹⁷ În raport cu cele prevăzute de art. 6 alin. (1) – „autorizația se consideră acordată sau, după caz, reînnoită” – și de art. 7 alin. (1) – după expirarea termenului și în lipsa unei comunicări scrise, „solicitantul *poate desfășura activitatea, presta serviciul sau exercita profesia*” [s.n.] – nu este cazul să i se mai permită „desfășurarea activității” – deja desfășurată –, nici să o continue – ceea ce ar putea implica posibilitatea întreruperii și anulării astfel a efectelor aprobării tacite –, ci doar să se elibereze documentul oficial.

instanței judecătorești „potrivit procedurii stabilite prin ordonanța de urgență”¹¹⁸;

– Art. 10 alin. (2) din Ordonanță precizează că autoritatea administrației publice „poate invoca în apărarea sa existența unui răspuns adresat solicitantului autorizației în termenul prevăzut de lege sau, după caz, a notificării transmise” pentru remedierea neregularităților constatate. Așadar, orice altă probațiune sau dezbateră contradictorie având ca obiect netemeinicia ori nelegalitatea emiterii sau reînnoirii autorizației pare exclusă, întrucât: pe de o parte, ca modalitate alternativă, în condițiile procedurii aprobării tacite, se consideră că autorizația este deja acordată sau reînnoită; pe de alta, instanța este chemată – cum precizează art. 9 alin. (2) din Ordonanță – doar să „constate aprobarea tacită”.

– Dacă instanța constată existența răspunsului autorității administrației publice sau, după caz, a notificării transmise, „respinge cererea reclamantului”. Pe cale de interpretare, o precizare credem că este necesară: respinge cererea reclamantului în condițiile acestei proceduri, adică neobligând autoritatea administrativă să elibereze documentul oficial; reclamantul va putea însă cere instanței de contencios administrativ, în condițiile Legii nr. 554/2004 – și cererea ar fi admisibilă fără parcurgerea procedurii prealabile prevăzută de art. 7 din această lege¹¹⁹ – anularea actului administrativ

¹¹⁸ Dacă această procedură n-ar cuprinde unele elemente specifice, derogatorii de la procedura comună în contenciosul administrativ, precizarea ar fi de prisos, dar, într-adevăr, există câteva asemenea elemente: nu trebuie parcursă procedura prealabilă; instanța ar urma să soluționeze cererea în cel mult 30 de zile de la primirea acesteia – termenul neimpli-când însă nici o decădere sau perimare –; participarea procurorului este obligatorie iar cererea este scutită de taxa de timbru. Asupra altor elemente procedurale specifice vom stărui în text.

¹¹⁹ În raport cu prevederile art. 21 alin. (4) din Constituție, în forma revizuită, am considerat că, *mutatis mutandis*, pentru similitudine de situații și identitate de rațiune, aceeași trebuie să fie soluția și cât privește procedura prealabilă administrativă prevăzută de fostul art. 5 din Legea nr. 29/1990 (*I. Deleanu*, Revizuirea Constituției, în „Dreptul”, 2003, nr. 12, p. 14). În același sens, dar invocând cu subtilitate argumentul a

prin care i s-a respins solicitarea autorizației sau reînnoirea ei, dacă îl consideră ilegal¹²⁰;

– Dacă instanța constată îndeplinirea condițiilor prevăzute de Ordonanță, ea pronunță o hotărâre prin care obligă autoritatea administrației publice să elibereze documentul oficial¹²¹.

fortiori, a se vedea *V. Stoica*, Exproprierea pentru cauză de utilitate publică, în „Dreptul”, 2004, nr. 5, p. 44. Autorul considera de asemenea, așa cum am opinat și noi, că art. 109 alin. (2) C. proc. civ. este implicit abrogat, conform art. 154 alin. (1) din Constituție. Interpretând strict noile dispoziții constituționale, printr-o interpretare *a contrario* și cel puțin *prima facie*, s-a considerat că „nimic din Constituție nu interzice legiuitorului să instituie o procedură administrativă prealabilă obligatorie, dacă nu are caracter jurisdicțional” (*C.-L. Popescu*, Contenciosul administrativ potrivit dispozițiilor constituționale revizuite, în „Dreptul”, 2004, nr. 3, p. 19). În orice caz, în ipoteza examinată, inutilitatea procedurii prealabile este categoric implicată prin parcurgerea procedurii aprobării tacite și prin sesizarea deja, în condiții legale, a instanței de contencios administrativ.

¹²⁰ În contextul obiectivelor urmărite prin procedura aprobării tacite, dar și prin observarea dispozițiilor art. 132 alin. (2) pct. 4 C. proc. civ., potrivit cărora cererea nu se socotește modificată când reclamantul înlocuiește cererea în constatare printr-o cerere pentru realizarea dreptului, în ce ne privește nu vedem nici un motiv substanțial de natură să împiedice reclamantul ca acțiunea sa pentru „constatarea aprobării tacite” și certificarea ei printr-un document oficial să fie transformată într-o acțiune având ca obiect anularea actului administrativ de respingere a cererii de emitere sau de reînnoire a autorizației.

¹²¹ Articolul 16 alin. (2) conține prevederi care, în opinia noastră, dacă nu sunt circumstanțiate pun în discuție autoritatea hotărârii judecătorești și deschid calea arbitrarului în comportamentul autorității administrative: „Autoritatea administrației publice va anula documentul oficial (...) în cazul în care constată neîndeplinirea unor condiții care aduc o gravă atingere interesului public, siguranței naționale, ordinii sau sănătății publice și care nu pot fi remediate sau în cazul în care deficiențele identificate nu au fost remediate în termenul stabilit (...)” [s.n.]. Opinăm că anularea ar putea opera numai dacă neîndeplinirea condițiilor ar surveni ulterior hotărârii judecătorești prin care s-a dispus eliberarea documentului oficial; altminteri, neîndeplinirea unor condiții va putea fi discutată în cadrul litigiului având ca obiect eliberarea documentului oficial. Este concluzia

– Hotărârea se redactează în 10 zile de la pronunțare și ea este „irevocabilă”. Acest atribut al hotărârii este, în opinia noastră, cel puțin discutabil: mai întâi, pentru că, în principiu, hotărârile date în primă și ultimă instanță trebuie totuși să fie susceptibile de atac pe calea recursului, respectându-se astfel principiul dublului grad de jurisdicție și, implicit, dreptul la apărare¹²²; apoi, pentru că în cazul respingerii cererii reclamantului, întreaga procedură a aprobării tacite s-ar dovedi cu totul inutilă, reclamantul trebuind să reitereze o acțiune în contencios administrativ, în condițiile dreptului comun. Oricum, hotărârea irevocabilă va putea fi eventual atacată, dacă există motivele expres și limitativ prevăzute de lege pentru una dintre căile de retractare a hotărârii.

– Nu vedem nici un impediment, ci, dimpotrivă, considerăm a fi mai oportun ca reclamantul să solicite de la început, nu ulterior admiterii acțiunii lui, obligarea conducătorului autorității administrației publice la plata amenzii judiciare prevăzute de art. 12 alin. (1) din Ordonanță, dacă, bineînțeles, acțiunea îi va fi admisă;

– În fine, deși nu se prevede expres, făcând aplicarea principiilor cu privire la raportul dintre normele generale și cele speciale, trebuie admis că normele speciale privind procedura aprobării tacite se completează, în măsura necesară și a compatibilității, cu normele generale.

B. Natura juridică a aprobării tacite. Întreaga reglementare în materie, dar și mai ales unele prevederi din cuprinsul O.U.G.

la care se poate ajunge și prin conjugarea prevederilor art. 16 alin. (2) cu cele de la alin. (1) al aceluiași articol.

¹²² De altfel, dacă, potrivit art. 12 alin. (3) din Ordonanță, în cazul în care instanța, admitând acțiunea și obligând conducătorul autorității administrației publice la plata unei amenzi judiciare și a unor despăgubiri pentru daunele cauzate prin întârziere, hotărârea poate fi atacată cu recurs, în termen de 5 zile de la „pronunțare”, ni se pare logic ca și hotărârea pronunțată în fond să poată fi atacată pe aceeași cale [textul art. 12 alin. (3), mai ales în actuala ambianță normativă, este lacunar, sub două aspecte: el nu precizează instanța competentă să soluționeze recursul; el nu precizează că termenul curge de la pronunțare numai dacă părțile au fost legal citate, căci, altfel, termenul nu poate curge decât de la comunicare].

nr. 27/2003, cu modificările și completările aduse acesteia prin Legea nr. 486/2003, induc concluzia că modalitatea alternativă de emitere sau reînnoire a autorizației are la fundamentul ei o *prezumție legală*. Astfel: autorizația „*este considerată*” acordată dacă autoritatea administrației publice nu răspunde solicitantului în termenul prevăzut de lege pentru emiterea respectivei autorizații – art. 3 alin. (1) lit. b); „*prezumția legală a aprobării tacite*” este în *terminis* menționată în cuprinsul art. 15¹, introdus prin legea de aprobare a ordonanței.

Dacă ar fi să considerăm prezumția în discuție ca irefragabilă, atunci, în concepția pe care am acreditat-o¹²³, am fi de fapt în prezența unei ficțiuni juridice.

S-ar putea însă spune că prezumția este relativă, din moment ce instanța, cum precizează art. 11 alin. (1) din Ordonanță, poate respinge cererea reclamantului de obligare a autorității administrative la eliberarea documentului oficial. Totuși, această ipoteză n-ar fi de natură să înlăture natura irefragabilă a prezumției în discuție, întrucât: a) În sensul celor prevăzute de art. 10 alin. (2) din Ordonanță, autoritatea administrației publice poate invoca în apărarea sa numai existența unui răspuns adresat solicitantului autorizației în termenul prevăzut de lege sau, după caz, a notificării transmise acestuia înainte de expirarea termenului prevăzut de lege pentru emiterea respectivei autorizații. Or, comunicarea unui răspuns sau notificarea, înăuntrul termenului legal, exclude dintr-un început ideea de prezumție întemeiată pe tăcerea autorității administrative, pe durata termenului prevăzut de lege; b) Corelativ celor deja arătate, instanța poate respinge cererea reclamantului numai atunci când constată existența răspunsului sau a notificării, așadar în afara existenței unei prezumții de aprobare tacită; c) Chiar dacă, după obținerea documentului oficial, autoritatea administrației publice constată „neîndeplinirea unor condiții importante pentru eliberarea autorizației”, ea „nu va putea anula documentul”, ci doar să notifice titularului necesitatea remedierii

¹²³ A se vedea *supra*, nr. 25.

deficiențelor identificate, într-un termen ce nu poate fi mai mic de 30 de zile – art. 16 alin. (1) din Ordonanță; d) Posibilitatea anulării documentului oficial este prevăzută numai pentru situația neîndeplinirii unor condiții care aduc o gravă atingere interesului public, siguranței naționale, ordinii sau sănătății publice, „care nu pot fi remediate” sau în cazul în care „deficiențele identificate nu au fost remediate în termenul stabilit” – art. 16 alin. (2) din Ordonanță. În asemenea situații, credem că nu este vorba de înlăturarea „prezumției” aprobării tacite, ci de luarea în considerare a unor noi elemente, intervenite după producerea efectelor aprobării tacite, finalizată și prin obținerea documentului oficial.

Dar, în ce ne privește, în pofida a ceea ce prevede art. 15¹ din Ordonanță, considerăm că, în realitate, nu este vorba despre o „prezumție legală”, ci despre o *ficțiune juridică* – regulă de drept, admisibilă și neîndoielnic salutară. Și iată de ce: a) Dacă ne constituim ca reper dispozițiile-definiție ale art. 1199 C. civ. – un calc al celor prevăzute de art. 1349 din Codul civil francez, inspirate de Pothier – în sensul căroră „prezumțiile sunt consecințele ce legea sau magistratul trage din un fapt cunoscut la un fapt necunoscut”, este dificil de admis că „faptul cunoscut” – împrejurarea că autoritatea administrației publice „nu răspunde solicitantului în termenul prevăzut de lege –, un fapt esențialmente negativ și mai degrabă enigmatic decât sugestiv, a putut induce un fapt pozitiv și necunoscut, constând în acordarea autorizației solicitate. S-ar putea spune, mai aproape de adevăr, că împrejurarea arătată este un „indiciu”, o „conjectură”, un „semn” al unei posibile rezolvări favorabile, din moment ce solicitantului nu i s-a făcut o comunicare negativă sau o notificare¹²⁴; b) Presumția, inevitabil, trebuie să se sprijine pe un coeficient de probabilitate. Or, în lipsa unui «certificat statistic» care să ateste că, de regulă, cererile de autorizații sau de reînnoire a autorizațiilor se rezolvă pozitiv, nu ne

¹²⁴ De altminteri, cuvântul «prezumție» nu are o semnificație juridică specifică (G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Paris, 1990, p. 76; *Idem*, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 8^e éd., Montchrestien, 1997, nr. 202 *in fine*).

rămâne decât să prezumăm o asemenea rezolvare și din această prezumție – fapt necunoscut – să deducem prezumția acordării autorizației și în cazul examinat; c) Dar și mai ales, prezumția este un mod de «probă» sau un procedeu tehnic relativ la «probă». Or, prin procedura aprobării tacite nu se dobândește o «probă», ci – cum precizează art. 1 alin. (1) din O.U.G. nr. 27/2003 – se dobândește o autorizație, printr-o modalitate alternativă, asimilată emiterii sau reînnoirii autorizației prin manifestarea expresă de voință a autorității administrației publice. Altfel spus, nu prezumțiile – mijloace de probă –, ci ficțiunile juridice sunt cele care vizează fondul dreptului. Aceste ficțiuni nu au corespondent în realitatea juridică, ci o ignoră, o contrazic sau o deformează. Or, realitatea juridică, în ipoteza examinată, constă în nerezolvarea cererii solicitantului în termenul legal, iar ficțiunea juridică spune, dimpotrivă, că autorizația a fost acordată sau că ea a fost reînnoită.

Ni se pare deci că «ambitia» legiuitorului de a «descifra» natura aprobării tacite, calificând-o ca prezumție legală, mai mult complică decât explică.

34.2. Funcția și funcționarul de fapt. Această ipoteză de ficțiune juridică, devenită «clasică»¹²⁵, poate fi integrată în ambianța *aparenței în drept*¹²⁶.

Dar, mai întâi, premisele ipotezei și apoi câteva elemente specifice.

Una dintre trăsăturile funcției publice este *legalitatea investiției*.¹²⁷ Într-adevăr, potrivit art. 2 alin. (2) din Legea nr. 188/1999

¹²⁵ Poate că întâmplarea ca un sclav să fi devenit pretor, comentată de Ulpian, a inspirat glosatorii în formularea adagiului *error communis facit ius*. În orice caz, afacerea căsătoriilor din Montrouge, din 1883, a oferit jurisprudenței franceze prilejul acceptării adagiului și al postulării lui ca regulă generală (J. Hauser, J.-J. Lemouland, *Mariage*, în „Repertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VII, nr. 826).

¹²⁶ A se vedea *infra*, nr. 56. Pe larg, a se vedea R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, 15^e éd., 2001, nr. 1221.

¹²⁷ Pe larg, împreună cu reperele doctrinare, a se vedea A. Iorgovan, *Tratat de drept administrativ*, vol. I, ed. a III-a, Ed. ALL Beck, București, 2001, p. 560 și urm., îndeosebi p. 564, 565.

privind Statutul funcționarilor publici¹²⁸, „funcționarul public este o persoană numită, în condițiile legii, într-o funcție publică” [s.n.], iar potrivit art. 4 alin. (1) din aceeași lege, „raporturile de serviciu se nasc și se exercită pe baza *actului administrativ de numire*” [s.n.].

Totuși, «realitatea de fapt» a demonstrat că pot exista «întâmplări» când un «funcționar» exercită atribuții specifice unei funcții fără nici un fel de investitură sau în condițiile unei investituri ilegale, iar astfel de «întâmplări» nu puteau rămâne fără ecou și în spațiul «realității juridice», din cel puțin trei motive: este o formă tipică de obiectivare a aparenței în drept; buna-credință a beneficiarului serviciului public, realizat chiar în condițiile arătate, nu poate fi ignorată; uneori, consecințele actelor săvârșite de un funcționar de fapt sunt ireversibile, așa încât retroactivitatea nulității unor asemenea acte n-ar fi decât formală.

Legea însăși, receptivă la asemenea situații și din motivele arătate, a consacrat ficțiunea juridică a funcționarului de fapt și validitatea unora dintre actele săvârșite de acesta. Astfel, potrivit art. 7 din Legea nr. 119/1996 privind actele de stare civilă¹²⁹: „Actele de stare civilă întocmite de o persoană care a exercitat în mod public atribuțiile de ofițer de stare civilă, cu respectarea prevederilor prezentei legi, sunt valabile, chiar dacă acea persoană nu avea această calitate”.

Problema care stăruie este aceea de a ști dacă ipoteza funcționarului de fapt este restrictivă și ea trebuie recunoscută ca atare printr-o dispoziție a legii. Într-o opinie, cu argumente substanțiale, s-a înclinat, se pare, spre un răspuns negativ. Referindu-se la prevederile art. 7 din Legea nr. 119/1996, reputatul doctrinar în drept administrativ spunea: „Exemplele însă pot continua și cumulate cu alte situații în care nu găsim un text de genul celui de mai sus (...)”

¹²⁸ Republicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 251 din 22 martie 2004.

¹²⁹ Legea nr. 119/1996, publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 282 din 11 noiembrie 1996, a fost modificată și completată prin Legea nr. 23/1999, prin Legea nr. 479/2002 și prin Legea nr. 94/2004, nu însă și cât privește dispozițiile art. 7 din această lege.

Administrația este chemată să presteze servicii publice și lucrul acesta trebuie să-l facă administratorul competent, în condițiile legii, dar când administratorul nu a fost legal investit și s-a manifestat public, ca unul regulat investit, este excesivă măsura anulării actelor¹³⁰.

În ce ne privește, considerăm că ficțiunile juridice de genul celei descrise nu pot fi decât *legale*, similare, sub acest aspect, excepțiilor legale, întrucât: a) Unul dintre principiile care guvernează funcția publică – un principiu imperativ și de ordine publică – este principiul legalității investiturii; b) Actul administrativ este emis în realizarea puterii publice, implicând obligativitatea și mai ales executarea lui din oficiu. Este un act de autoritate, emis pentru realizarea puterii de stat. Numai actele administrative emise prin «delegație» sunt asemănătoare lor; c) Actul administrativ are un regim juridic specific, deosebindu-se astfel de actele de autoritate ale altor categorii de organe.

Având însă în vedere diversitatea ipostazelor funcționarului de fapt și implicațiile manifestării acestuia, subscriem părerii că, *de lege ferenda*, ar fi oportun – și admisibil în contextul aparenței în drept – un text cu valoare de principiu. Interesul social de a menține drepturile subiective dobândite sau de a consolida situațiile juridice create, prin implicarea funcționarului de fapt, este precumpănitor.

Ipooteza funcționarului de fapt reprezintă o formă de punere în acțiune a mecanismului *aparenței în drept*, cu care are unele elemente comune, dar de care se și distinge prin unele elemente. Pentru invocarea de către terț și în profitul său a aparenței, el trebuie să fi avut credința rezonabilă că funcționarul care i-a emis actul a fost conform investit sau, după caz, că el încă se mai află în exercițiul prerogativelor derivate din investitură. Nu credem că eroarea trebuie să fie și comună, mai ales că totdeauna ea trebuie apreciată *in concreto*. Ipooteza funcționarului de fapt implică unele circumstanțe specifice: funcția exercitată; existența realmente a acelei funcții, iar exercitarea ei să fi fost identică aceleia ce revine unui funcționar conform investit. În fine, considerăm că funcțio-

¹³⁰ A. Iorgovan, op. cit., p. 565.

narul însuși trebuie să fi fost de bună-credință. Ipoteza funcționarului de fapt nu acoperă și situația unui uzurpator și nu poate fi un motiv pentru ignorarea fraudei la lege săvârșite¹³¹.

34.3. Refuzul nejustificat al unei autorități administrative. Cadrul constituțional al contenciosului administrativ este conturat și substanțializat prin dispozițiile art. 52 alin. (1) și (2) din legea fundamentală revizuită, pe care le reiterăm pentru o discuție mai riguroasă: „(1) Persoana vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin *nesoluționarea în termenul legal a unei cereri*, este îndreptățită să obțină recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, anularea actului și repararea pagubei. (2) Condițiile și limitele exercitării acestui drept se stabilesc prin lege organică” [s.n.].

Ne interesează, în context, cea de-a doua ipoteză: *nesoluționarea în termenul legal a unei cereri*.

Articolul 1 alin. (1) și (2) din Legea nr. 29/1990, legea contenciosului administrativ¹³², se referea, de asemenea, la „*refuzul nejustificat al unei autorități administrative de a-i rezolva cererea – persoanei fizice sau juridice* [s.n.] – *referitoare la un drept recunoscut de lege*”¹³³, dar mai adăuga că: „*Se consideră refuz nejustificat de rezolvare a cererii referitoare la un drept recunoscut de lege și faptul de a nu răspunde petiționarului în termen de 30 de*

¹³¹ A se vedea, de asemenea, A. Danis-Fatôme, *Apparence et contrat*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, nr. 257 și urm.

¹³² Legea nr. 29/1990, publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 122 din 8 noiembrie 1990, a fost modificată și completată prin Legea nr. 56/1993, prin Legea nr. 65/1993 și prin Legea nr. 146/1997. Ea a fost însă abrogată prin noua lege a contenciosului administrativ nr. 554/2004, publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 1154 din 7 decembrie 2004.

¹³³ Textul fostei legi în materia contenciosului administrativ circumscria – discutabil – „refuzul nejustificat” la un „drept recunoscut de lege”, deși textul constituțional se referă și la un „interes legitim”. Firește, trebuia să primeze textul constituțional, mai ales că, în forma sa revizuită, el este acum deplin corelat cu dispozițiile art. 21 alin. (1) din Constituție. Remarcăm însă că, acum, art. 2 alin. (2) din Legea nr. 554/2004 se referă atât la un drept, cât și la un interes legitim.

zile de la înregistrarea cererii respective, dacă prin lege nu se prevede un alt termen”¹³⁴.

Legea nr. 554/2004 nu schimbă esențial datele problemei, întrucât art. 2 alin. (2) din această lege precizează: „*Se asimilează actelor administrative unilaterale și refuzul nejustificat de a rezolva o cerere referitoare la un drept sau la un interes legitim ori, după caz, faptul de a nu răspunde solicitantului în termenul legal*” [s.n.].

Într-o opinie, de autoritate, „refuzul nejustificat al unei autorități administrative” a fost considerat o „specie a actului administrativ atacat în contenciosul administrativ”¹³⁵. Astfel judecând, considerând așadar „refuzul nejustificat” ca „o specie a actului administrativ”, suntem în prezența unei ficțiuni juridice, întrucât, prin definiție, actul administrativ este o „manifestare de voință” făcută în scopul de a produce efecte juridice. Nu poate fi vorba de asimilare sau acceptare¹³⁶. Articolul 2 alin. (1) lit. c) din Legea

¹³⁴ Unele inadvertențe între textul fostei legi și textul constituțional erau lesne de observat. Pe lângă observația deja făcută în nota precedentă, mai aducem în atenție o altă esențială neconcordanță: textul constituțional se referă la ipoteza „*nesoluționării în termenul legal a unei cereri*”; textul legii se referea nu doar la nerezolvarea cererii petiționarului în termenul legal – ceea ce ar corespunde, în esență, ipotezei constituționale –, dar și la „*refuzul nejustificat al autorității administrative de a rezolva cererea*”, ceea ce, în esență, poate exprima o altă ipoteză. În fine, textul constituțional se referă pur și simplu la „*nesoluționarea în termenul legal a unei cereri*”, iar legea în materie califica această situație ca „*refuz nejustificat*”, atribuindu-i astfel o mai gravă semnificație. În textul art. 2 alin. (2) din Legea nr. 554/2004 sintagma „*refuz nejustificat*” a fost păstrată. Articolul 2 lit. g) și h) din lege definesc sintagmele în discuție: „*nesoluționarea în termenul legal a unei cereri*” – „*faptul de a nu răspunde solicitantului în termen de 30 de zile de la înregistrarea cererii, dacă prin lege nu se prevede alt termen*” [s.n.]; „*refuzul nejustificat de a soluționa o cerere*” – „*exprimarea explicită, cu exces de putere, a voinței de a nu rezolva cererea*” [s.n.]. Accentele puse în text prin litere italice ne sprijină, credem, concluzia cu privire la natura ficțională a asimilărilor făcute de art. 2 alin. (2) din lege.

¹³⁵ A. Iorgovan, op. cit., p. 491.

¹³⁶ A se vedea *supra*, nr. 5, 6.

nr. 554/2004 definește de altminteri actul administrativ ca „act unilateral”, „emis” de o autoritate publică, „dând naștere, modificând sau stingând raporturi juridice”.

În ce ne privește, considerăm însă că nici un text de lege nu îndreptățește la calificarea „refuzului nejustificat al unei autorități administrative” ca „specie de act administrativ”, susceptibil de a fi atacat în condițiile contenciosului administrativ. Putea fi vorba, eventual, de o *ficțiune juridică doctrinară*, dar nu legală. Noua reglementare nu a înlăturat ficțiunea, ci doar i-a conferit un statut legal, asimilând „actelor administrative” „refuzul nejustificat” și „faptul de a nu răspunde”.

Legea nr. 29/1990 recunoștea pur și simplu dreptul persoanei de a exercita acțiunea în contencios administrativ pentru „faptul” că autoritatea administrativă a „refuzat nejustificat” să rezolve cererea acesteia. În condițiile noii reglementări, esențialmente premisele discuției au rămas aceleași: „refuzul nejustificat”, astfel cum este definit prin lege, este un „fapt” explicit, constând în nerezolvarea cererii, adică, spunem noi, constând în neemiterea actului solicitat; cât privește „nesoluționarea în termenul legal”, însăși legea califică împrejurarea ca „fapt”. Dacă și în ce măsură refuzul a fost „nejustificat” se va putea aprecia de către instanță *a posteriori*, în cursul soluționării acțiunii deja exercitate. Altfel spus: dacă autoritatea administrativă comunică persoanei refuzul de a-i rezolva cererea, iar titularul cererii consideră că refuzul este nejustificat, el va putea exercita acțiunea în contencios administrativ, atacând „actul administrativ” prin care i s-a comunicat refuzul; dacă autoritatea administrativă nu-i comunică refuzul, rămânând pur și simplu în expectativă, adică nerezolvându-i, în nici un fel, cererea în termenul legal, titularul cererii va putea exercita acțiunea în contencios administrativ pentru a se sancționa „tăcerea” administrației. Cu alte cuvinte, în raport cu această a doua ipoteză, „refuzul nejustificat” apare ca insuficient determinat sau, în lipsa comunicării refuzului, situația se suprapune ipotezei de „tăcere” a administrației.

„Refuzul nejustificat” ar putea fi considerat, prin intermediul unei ficțiuni juridice, ca „specie a actului administrativ atacat”

numai dacă s-ar decide că obiectul acțiunii în contencios administrativ îl constituie doar „actele administrative”, nu și faptele de natură să lezeze un drept subiectiv sau un interes legitim. Dar chiar textul constituțional și cel al legii contenciosului administrativ deschid posibilitatea acțiunii și pentru „faptul” tăcerii administrației, constând în nerezolvarea cererii în termenul legal.

În economia reglementărilor, ceea ce ni se pare a fi ficțional este considerarea „tăcerii” ca „act administrativ”, deși „tăcerea” poate să semnifice și altceva (bunăoară, neglijență, superficialitate, incompetență), iar așa-zisul „refuz” s-ar putea dovedi ulterior ca fiind „justificat”.

Întrucât prin dispozițiile O.U.G. nr. 27/2003 privind procedura aprobării tacite¹³⁷, în situațiile arătate în cuprinsul acestei reglementări „tăcerea” autorității administrative semnifică „aprobare”, trebuie să admitem că, parțial, ipoteza prevăzută de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, constând în faptul că petiționarului nu i s-a răspuns în termenul legal, are și o altă semnificație – modalitate alternativă de emitere sau reînnoire a actului administrativ¹³⁸.

¹³⁷ A se vedea *infra*, nr. 34.1.

¹³⁸ Deși nu și-ar avea locul în acest context, considerăm util să mai aducem în atenție o problemă. Articolul 21 alin. (4) din Constituție, în urma revizuirii acesteia, prevede că: „Jurisdicțiile speciale administrative sunt facultative și gratuite”. În aceste condiții, stăruie problema de a ști dacă, în procedura contenciosului administrativ, mai sunt justificate prevederile art. 7 din Legea nr. 554/2004 cu privire la obligativitatea procedurii prealabile. S-a opinat că „dispoziția constituțională a desființat caracterul de condiție prealabilă acțiunii în contenciosul administrativ numai pentru procedura administrativă jurisdicțională. *A contrario*, cel puțin *prima facie*, nimic din Constituție nu interzice legiuitorului să instituie o procedură administrativă prealabilă obligatorie, dacă nu are caracter jurisdicțional (...)” (C.-L. Popescu, Contenciosul administrativ potrivit dispozițiilor constituționale revizuite, în „Dreptul”, 2004, nr. 3, p. 19). Recurgând tot la câteva argumente de logică juridică, dar și la interpretarea teleologică a dispozițiilor art. 21 din Constituție, opinia noastră este contrară, procedura prealabilă administrativă trebuind să fie considerată facultativă: a) *Ratio legis*, revizuirea dispozițiilor art. 21 din Constituție,

Se pare că aceasta a fost și intenția autorilor celor două acte normative comentate, vorbindu-ni-se de o „nouă concepție” sau de o „nouă filozofie” ori de o „nouă optică” în materie, introducându-se în sfera noțiunii de „act administrativ”, „alături de manifestarea unilaterală expresă de voință (actul administrativ tipic) și tăcerea, respectiv refuzul nejustificat (actele administrative atipice)”¹³⁹.

prin introducerea și a alin. (4), a urmărit să garanteze *efectivitatea și deplinăitatea accesului liber* la justiție, ca drept fundamental, în concordanță cu prevederile alin. (2) din același articol: „Nici o lege nu poate îngădi exercitarea acestui drept”. Or, conservarea pe mai departe a *condiției* obligatorii de parcurgere prealabilă a procedurii administrative semnifică, evident, o „îngădire” a exercitării acestui drept; b) Textul constituțional nou introdus privește „jurisdicțiile speciale administrative”. Dar, pentru similitudine de situații, *a simili ad simile*, și pentru identitate de rațiune, *eadem ratio*, textul constituțional trebuie interpretat ca fiind aplicabil în toate celelalte ipoteze de natură să îngădească accesul liber la justiție; c) Dacă, prin textul constituțional invocat, jurisdicțiile administrative speciale prealabile au fost calificate ca „facultative” (jurisdicții înăuntrul cărora soluționarea cererii se face cu respectarea dreptului la apărare, a principiului contradictorialității, cu administrarea de probe, cu exercitarea unor căi de atac etc.), atunci *a fortiori* orice alte proceduri prealabile, fără existența unor asemenea garanții jurisdicționale, trebuie considerate ca facultative. Ignorând asemenea argumente, concluzia opusă celeia la care ele conduc ar fi evident illogică, imposibil de motivat. Sau ar putea fi motivată, dar numai prin întrebuintarea ca unică metodă a celei exegetice, demult și pretutindeni abandonată. Totuși, promovând o asemenea ermetică metodă, legiuitorul a «conservat» și chiar a accentuat obligativitatea procedurii prealabile, remanifestându-și parcă înclinația nu spre simplificarea lucrurilor în favoarea persoanei, ci spre complicarea lor: prevederile referitoare la procedura prealabilă obligatorie „sunt aplicabile și în ipoteza în care legea specială prevede o procedură administrativ-jurisdicțională, iar partea nu a optat pentru aceasta” [art. 7 alin. (2) din lege]; plângerea prealabilă este obligatorie și în cazul „contractelor administrative”, având semnificația concilierii, ca și în ipoteza litigiilor comerciale [art. 7 alin. (6)].

¹³⁹ A se vedea A. Iorgovan, Noua lege a contenciosului administrativ. Geneză și explicații, Ed. „Roata”, București, 2004, p. 264 și urm., îndeosebi p. 283, 284.

Noua lege a contenciosului administrativ ne mai oferă încă o ficțiune juridică legală: „sunt asimilate actelor administrative, în sensul prezentei legi, și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect punerea în valoare a bunurilor proprietate publică, executarea lucrărilor de interes public, prestarea serviciilor publice, achizițiile publice” – art. 2 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 554/2004.

Teoria contractelor administrative este neîndoiește complexă și ea cuprinde încă numeroase teme controversate¹⁴⁰. Pentru ceea ce ne interesează în acest context, spunem doar că, asimilând *contractul* administrativ cu actul administrativ, asimilarea echivalează cu o ficțiune juridică, nu doar pentru că deformează conceptul juridic de «contract», ci mai ales pentru că îl ignoră cu totul. Un act juridic produs printr-un «acord de voințe» ne este prezentat ca «act juridic unilateral», cum chiar teza întâi din textul aceluiași articol îl califică fără echivoc.

Secțiunea a 3-a

Retroactivitatea și ultraactivitatea legii

35. Precizări prealabile și repere constituționale. În interiorul «conflictelor de legi» poate și trebuie să se distingă între *aplicarea legii în spațiu și aplicarea legii în timp*. Deși complementare, ele nu trebuie confundate: „Criteriul de distincție al conflictelor de legi în spațiu și al conflictelor de legi în timp – remarca excelent un autor care s-a aplecat asupra temei¹⁴¹ – trebuie

¹⁴⁰ Pe larg a se vedea substanțialul demers: A. Iorgovan, Tratat de drept administrativ, ed. a III-a, vol. II, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 98 și urm. De asemenea, A. Iorgovan, Noua lege a contenciosului administrativ, cit. *supra*, p. 284.

¹⁴¹ F. Hage-Chahice, Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription. Recherches sur la promotion du fait au droit, thèse, Dalloz, 1977, p. 230. Cu privire la conflictul legilor în timp, a se vedea mai ales: P. Roubier, Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps), Dalloz et Sirey, 2^e éd., Paris, 1960; J. Ghestin, G. Goubeaux, Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, Introduction générale,

să fie căutat în caracteristica care, filosofic, distinge spațiul de timp. Spațiul, ne spune Kant, este reversibil, timpul este ireversibil. Ce semnifică reversibilitatea juridică în conflictele de legi în spațiu și ireversibilitatea juridică în conflictele de legi în timp? Există conflict de legi pentru că există relativitate a adevărului juridic în spațiu: ceea ce este adevărat în Franța nu este în Spania. Există conflict de legi în timp pentru că există relativitate a adevărului juridic în timp: ceea ce era adevărat în Franța, în 1912, nu mai este în 1932. Relativitatea spațială a adevărului juridic, traducând reversibilitatea spațiului, este *sincronică*; relativitatea temporală a adevărului juridic, traducând ireversibilitatea timpului, este *diacronică*. Conflictul de legi în spațiu reflectă *diversitatea* regulilor; conflictul de legi în timp reflectă *evoluția* regulilor; primul evocă ideea de *coexistență* și de *simultaneitate* a legilor; al doilea pe aceea de *abrogare* și de *succesiune* a legilor. Într-un cuvânt, conflictul legilor în spațiu este acela al *multiplicității* regulilor juridice; conflictul de legi în timp este acela al *schimbării* regulilor juridice.”

«Timpul juridic»¹⁴² – împreună cu «spațiul juridic» – reprezintă repere fundamentale atât pentru «legi», în sens larg vorbind, cât și pentru actele, faptele sau situațiile juridice care iau naștere, se modifică sau se sting în condițiile prevăzute de «legi». Din perspectiva dreptului, timpul poate fi considerat o *coordonată izotopică* a tuturor fenomenelor pe care le datează.¹⁴³ În accepțiune restrânsă, singura care interesează în context, timpul juridic se

3^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, nr. 330 și urm.; Tr. Broșteanu, Arbitrariul și relativitatea formulelor doctrinale cu privire la aplicarea legilor în timp, Institutul de Arte Grafice „Vreamea”, București, 1932; P. Vasilescu, Stabilitatea dreptului în succesiunea legilor, Institutul de Arte Grafice „N.V. Ștefănoiu”, București, 1933; M. Eliescu, Conflictul legilor în timp, în „Tratat de drept civil”, Partea generală, de Tr. Ionașcu ș.a., Ed. Academiei, București, 1967, p. 79-131; O. Căpăfînă, Aplicarea legii în timp, în „Tratat de drept civil”, vol. I, Partea generală, Ed. Academiei, București, 1983, p. 111-143.

¹⁴² Cu privire la caracteristicile timpului juridic, complex, multivalent și sincretic, a se vedea O. Căpăfînă, op. cit., p. 111 și urm.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 111.

rezumă la raporturile legii cu prezentul, cu trecutul și cu viitorul, „dar nu *in abstracto*, ci în considerarea situațiilor juridice pe care este chemată să le guverneze”; legea nouă poate deține una dintre următoarele poziții: ea produce în mod normal *efecte imediate*, operând, ca atare, în prezent; uneori, prin excepție, în fine, mai este cu puțință să tolereze supraviețuirea legii vechi, după ce a fost abrogată, autorizând astfel incidența ei cu *efecte ultraactive*.¹⁴⁴

În esență și altfel spus, trei soluții sunt *a priori* posibile: retroactivitatea legii noi; aplicarea ei imediată; supraviețuirea legii vechi. Ele conduc practic la o dublă alegere: *retroactivitatea și efectul imediat*; *efectul imediat și supraviețuirea legii vechi*.¹⁴⁵

Însăși Constituția¹⁴⁶ oferă precizările necesare¹⁴⁷ cât privește prima opțiune: retroactivitatea și efectul imediat al legii. Astfel, art. 78 precizează: „Legea se publică în Monitorul Oficial al

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 113.

¹⁴⁵ J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., nr. 337, 338.

¹⁴⁶ Reglementări de principiu cuprind și cele două coduri. Potrivit art. 1 C. civ.: „Legea dispune numai pentru viitor; ea n-are putere retroactivă” (au fost preluate întocmai prevederile art. 2 din Codul civil francez. Proiectul Codului civil, prin dispozițiile ce ar urma să fie cuprinse la art. 3-5, preconizează o reglementare de detaliu, nuanțată și adecvată, în legătură cu „activitatea legii”, „neretroactivitatea legii”, „supraviețuirea legii vechi” și „ieșirea din vigoare a legii”. În sinteză, ele exprimă coordonatele esențiale ale teoriei «dreptului intertemporal» sau a «dreptului tranzitoriu»). Articolul 4 și urm. din Codul penal, în forma adoptată prin Legea nr. 301/2004 („Monitorul Oficial al României”, nr. 575 din 29 iunie 2004) reglementează de asemenea în detaliu și adecvat „activitatea legii penale”, „neretroactivitatea și retroactivitatea legii penale” și, bineînțeles, aplicarea legii penale mai favorabile.

¹⁴⁷ Cum însă judicios s-a observat, reglementarea constituțională și cea din Codul civil este „insuficientă și aproape deloc lămuritoare” (M. Nicolae, Prescripția extinctivă, Ed. „Rosetti”, București, 2004, nr. 64, nota de la p. 146). Analiza reputatului civilist a prescripției extinctive în coordonatele „normelor colizionale”, a „normelor conflictuale” demonstrează cu prisosință complexitatea fenomenului conflictului de legi și necesitatea abordării nuanțate a acestuia (în același sens, a se vedea exemplara analiză din studiul semnat de O. Căpăfînă, op. cit., p. 111 și urm.).

României și intră în vigoare la 3 zile de la data publicării sau la o dată ulterioară prevăzută în textul ei” [s.n.]. În contextul dispozițiilor comune cu privire la drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale, art. 15 alin. (2) precizează de asemenea: „Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile” [s.n.].¹⁴⁸

Câteva constatări, cu implicații și în ce privește rezolvarea posibilelor conflicte intertemporale de legi¹⁴⁹, pot fi deja făcute:

¹⁴⁸ Ne-am îngădui observația că acest principiu constituțional, pentru rezolvarea conflictului intertemporal de legi, ar fi trebuit, poate, să fie înscris în contextul „Principiilor generale” ale Constituției, el neinteresând doar materia drepturilor, libertăților și a îndatoririlor fundamentale, deși, să recunoaștem, în această materie, retroactivitatea și ultraactivitatea legii implică, adeseori, probleme complexe și sensibile.

¹⁴⁹ Într-o concepție, numită «pragmatică», s-a considerat că orice criterii prestabilite sunt improprie și inacceptabile: „Toate formulele doctrinare care au purces să rezolve problemele de aplicare a legilor în timp pe baza art. 1 C. civ. – la vremea aceea, singurul text în materie [n.n.] –, text sunător, dar nebulos, au plutit în arbitrar”. Și mai departe: „Nu există conflict de legi în timp, pentru că legea nouă este suverană și în interpretarea ei stă soluția problemelor acestei materii”, așa încât „nu este de conceput dreptul trazitoriu ca un *ius supra iura*” (Tr. Broșteanu, op. cit., p. 73, 152, 181.) Metoda pragmatică – observa O. Căpășină –, integral negativistă, are neajunsul major că tolerează incertitudinea, lăsând aprecierii suverane a instanțelor judecătorești sarcina atât de dificilă de a delimita între trecut și prezent. „Nevoia explicabilă de previzibilitate pledează în favoarea unor criterii raționale, care să ajute, cu titlu general, la determinarea domeniului temporal al legii noi” (op. cit., p. 120). O altă metodă, numită «conceptualistă», având în miezul ei opoziția dintre „drepturile câștigate și simplele expectative”, are încă ecouri în doctrină și jurisprudență, „drepturile câștigate” fiind drepturi definitiv și irevocabil intrate în patrimoniul titularului. Teoria «drepturilor dobândite», reflectând individualismul liberal care a dominat secolul al XIX-lea și cultivând conservatorismul juridic în dauna progresului, are cel puțin următoarele neajunsuri: nu oferă interpretului un criteriu inatacabil care să asigure încadrarea situațiilor juridice într-un sector sau altul al timpului (O. Căpășină, op. cit., p. 121); din perspectiva acestei teorii, rămâne greu de explicat situația acelor drepturi care n-au valoare patrimonială; în fine,

a) Legea este «activă», ea «viețuiește», în principiu, după 3 zile de la publicarea ei, aplicându-se imediat și pentru viitor; b) Cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile, legea nu retroactivează, căci, altfel, ar deveni ea însăși o sursă de insecuritate și dezordine juridică. Este, acum, un principiu constituțional, care se impune deopotrivă legiuitorului și instanțelor, ca principiu de interpretare; c) Constituția nu interzice «ultraactivitatea» sau «supraviețuirea» legii vechi; d) Constituția nu face nici o referire la «condiția juridică» a legii interpretative, așa încât stăruie întrebarea dacă aceasta retroactivează; e) Spre deosebire de reglementarea constituțională anterioară, se remarcă retroactivitatea și a legii contravenționale mai favorabile. Soluția nu numai că este judicioasă, dar ea era și imperioasă.

O considerăm *judicioasă* din cel puțin următoarele motive: ambele măsuri – penală și contravențională – sunt esențialmente măsuri punitive și de constrângere din partea statului; se putea ajunge la situația paradoxală ca pentru o faptă penală, având un grad de pericol social mai ridicat decât contravenția, să se beneficieze de retroactivitatea legii penale mai favorabile, dar pentru o faptă contravențională, care are un grad de pericol social mai redus decât infracțiunea, să nu se beneficieze de același privilegiu; în fine, cum va rezulta și din cele ce urmează, trebuia asigurată coerența reglementării.

Soluția era însă și *imperioasă*. Articolul 12 alin. (2) din O.G. nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor precizează: „Dacă sancțiunea prevăzută în noul act normativ este mai ușoară se va aplica aceasta. În cazul în care noul act normativ prevede o sancțiune mai gravă, contravenția săvârșită anterior va fi sancționată conform dispozițiilor actului normativ în vigoare la data săvârșirii acesteia.” Este limpede că, în raport cu gravitatea sancțiunii, în cazul succesiunii de acte normative, uneori, legea retroactivează, alteori ea ultraactivează. În legătură cu fostele dispoziții ale art. 12 alin. (1) și (2) din Legea nr. 32/1968, care stabileau o reglementare

teoria în discuție nu acoperă situația efectelor juridice în curs, derivând din situații extracontractuale (J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., nr. 333).

asemănătoare cu cea actuală, Curtea Constituțională s-a pronunțat în sensul neconstituționalității acelor dispoziții, interpretând restrictiv prevederile art. 15 alin. (2) din Constituție prin care se admite o excepție numai cât privește „legea penală mai favorabilă”¹⁵⁰. Dacă textul din legea fundamentală rămânea nemodificat, prevederile art. 12 alin. (2) din O.G. nr. 2/2001 erau sortite sancționării pentru neconstituționalitate, întrucât Legea nr. 180/2002 pentru aprobarea ordonanței arătate le-a păstrat nemodificate. Abstracție făcând însă de o asemenea posibilitate, măcar din motivele deja arătate, retroactivitatea legii contravenționale mai favorabile și, corelativ, ultraactivitatea acesteia nu numai că se înscriu, simetric cu legea penală, în logica principiului enunțat, dar și satisfac aceleași exigențe umaniste.

Așadar, avem a distinge între: *efectul imediat al legii și retroactivitatea acesteia; efectul imediat al legii și ultraactivitatea acesteia*.

Pentru rezolvarea conflictelor ce ar putea apărea urmează să se distingă „în ciclul de existență al situațiilor juridice”¹⁵¹, între *constituirea și stingerea situațiilor juridice; efectele pe care aceste situații le generează*.¹⁵²

¹⁵⁰ Decizia nr. 90/1999, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 489 din 11 octombrie 1999; Decizia nr. 157/1999, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 585 din 30 noiembrie 1999.

¹⁵¹ O. Căpățînă, op. cit., p. 121.

¹⁵² Este soluția de drept intertemporal covârșitor împărtășită de doctrină, după cristalizarea ei de P. Roubier, op. cit., p. 176-439. În același sens, bunăoară: G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1956, p. 128-142; H.L.J. Mazeaut, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, 5^e éd., Paris, 1972, p. 166-183; J. Carbonnier, *Droit civil*, 8^e éd., Paris, 1969, p. 106-115; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, 2^e éd., vol. I, Paris, 1972, p. 177-197; J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., nr. 330 și urm.; M. Eliescu, op. cit., p. 89-131; O. Căpățînă, op. cit., p. 121 și urm.

36. Efectul imediat al legii noi și neretroactivitatea.¹⁵³ Efectul imediat al legii noi reprezintă regula de principiu în dreptul intertemporal¹⁵⁴. Urmând o clasificare a situațiilor juridice, rezultă că, de regulă – și este o regulă constituțională – legea nouă cuprinde *facta pendentia*, faptele care se desfășoară în «actualitate», contemporan cu legea nouă, precum și *facta futura*, faptele care apar ulterior intrării în vigoare a legii noi; dar legea nouă, fără a fi retroactivă, nu cuprinde *facta praeterita*, faptele din trecut, anterior intrării în vigoare a legii noi.

De la acest principiu al neretroactivității însăși legea constituțională derogă prin referire la legea penală sau contravențională *in mitius*. Noul Cod penal aduce precizările necesare.

Prevederile cu privire la aplicarea legii penale mai favorabile se aplică și legii declarate neconstituționale, precum și altor acte normative, aprobate de Parlament cu modificări sau completări ori neaprobrate, dacă în timpul cât acestea s-au aflat în vigoare au cuprins dispoziții penale mai favorabile – art. 6 alin. (2). Articolele 7 și 8 C. pen. reglementează în detaliu aplicarea legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive. Două precizări ni se par de asemenea semnificative: pedepsele complementare, măsurile de siguranță, precum și măsurile educative neexecutate și neprevăzute în legea nouă nu se mai execută în conținutul și limitele prevăzute de această lege – art. 7 alin. (4); când o dispoziție din legea nouă se referă la pedepse definitiv aplicate, se ține seama, în cazul

¹⁵³ Această primă dimensiune a aplicării în timp a legii ni se pare judicios elaborată în proiectul Codului civil: „Legea civilă se aplică tuturor situațiilor juridice ivite cât timp este în vigoare, situațiilor juridice în curs de realizare la data intrării sale în vigoare, precum și efectelor viitoare ale unei situații juridice trecute” – art. 3 alin. (2); „Legea nouă nu are putere retroactivă; ea nu modifică și nici nu suprimă condițiile de constituire a unei situații juridice anterior stinse. De asemenea, legea nouă nu modifică și nici nu desființează efectele deja produse ale unei situații juridice stinse sau aflate în curs de realizare. Actele juridice lovite de nulitate la data intrării în vigoare a legii noi rămân supuse legii vechi, chiar dacă potrivit legii noi ele ar fi valabile” – art. 4 alin. (1) și (2).

¹⁵⁴ P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, cit. *supra*, *passim*.

pedepselor executate până la data intrării în vigoare a acesteia, de pedeapsa redusă sau înlocuită potrivit dispozițiilor de la alin. (1)-(4) ale art. 7 – art. 8 alin. (5) C. pen. Astfel cum rezultă din prevederile art. 13 alin. (1) C. pen., legea penală mai favorabilă nu implică totdeauna «retroactivitatea», ci, uneori, «ultraactivitatea», atunci când legea mai favorabilă este cea veche: „În cazul în care de la săvârșirea infracțiunii până la judecata definitivă a cauzei au intervenit una sau mai multe legi penale, se aplică legea cea mai favorabilă”.

Aplicarea principiului privind efectul imediat al legii noi în materie civilă implică abordări nuanțate, trebuind să se facă distincție între: *legi relative la constituirea sau stingerea unor situații juridice*; *legi relative la efectele situațiilor juridice*.

a) În cadrul primei categorii, ar urma să se subdistingă între *situații în întregime constituite sau stinse sub imperiul legii vechi*, situații „un independente” în raport cu acea lege, și *situații în curs de constituire*, sub legea veche și sub legea nouă, situații „pluridependente” așadar în raport cu legea veche și cu legea nouă. Două aserțiuni sunt valabile pentru ambele subcategorii de situații¹⁵⁵:

– O lege nouă nu poate, fără să retroactiveze, să repună în discuție situații juridice în întregime constituite înainte de intrarea ei în vigoare: în cazul faptelor juridice, acestea sunt guvernate de legea în vigoare la data când prejudiciul a fost cauzat, această lege determinând condițiile responsabilității și întinderea reparației; în cazul actelor juridice, legea nouă nu poate dispune anularea acestora, dacă ele au fost valabil încheiate sub imperiul legii vechi; o lege nouă nu poate face eficace un fapt sau un act juridic care n-a putut da naștere în mod valabil unei situații juridice sub imperiul legii vechi. Legea nouă nu poate, fără să retroactiveze, să «revitalizeze» o situație juridică stinsă sub imperiul legii vechi.

– În ipoteza situațiilor juridice în curs de constituire sau de stingere, „pluridependente”, în principiu, legea nouă guvernează constituirea acestora, dar perioada sau elementele constitutive

¹⁵⁵ P. Roubier, op. cit., p. 188, 197.

anterioare¹⁵⁶ își păstrează valoarea proprie pe care le-a recunoscut-o legea veche¹⁵⁷. Legea nouă poate să modifice ori să suprimă pe viitor cauzele de stingere ale unor situații juridice preexistente și pluridependente, care subzistă sub imperiul ei, dacă faptele extinctive apar după intrarea ei în vigoare. În orice caz, legea nouă nu poate, fără a retroactiva, să redea «viață» unor situații juridice stinse la data intrării ei în vigoare.

Pe scurt și concludiv, situațiile de drept intertemporal arătate se conformează principiului *tempus regit actum*, numai că înlăuntrul lor se scindează faza constitutivă, astfel încât fiecărui element din cuprinsul perioadei formative în curs la data schimbării legii urmează să i se aplice legea sub autoritatea căreia se localizează *ratione temporis*.¹⁵⁸

În procesul civil, legea nouă se aplică formelor și actelor de procedură făcute după intrarea ei în vigoare, dar sunt valabile actele anterioare¹⁵⁹.

Ar rămâne în atenție eventuala retroactivitate a *legii interpretative*. S-a considerat – cum îndeobște se consideră – că o „dispoziție lămuritoare se integrează în contextul reglementării explicitate, care dobândește și pentru trecut accepțiunea ce i-a fost ulterior atribuită”; „prin natura lucrurilor, legile interpretative retroacti-

¹⁵⁶ Într-o opinie de incontestabilă autoritate, aceste elemente se definesc prin următoarele însușiri: ele au vocația de a produce *ex propriis rigoris* efecte juridice, dacă sunt coroborate cu un factor complementar; ele au o existență distinctă; ele pot interveni de îndată sau după un anumit interval de timp; prezintă o natură juridică proprie, diferită de a elementului inițial pe care îl întregesc (O. Căpățînă, op. cit., p. 129).

¹⁵⁷ P. Roubier, op. cit., nr. 63 și urm.

¹⁵⁸ O. Căpățînă, op. cit., p. 180. La situațiile arătate, autorul adăuga o alta, sensibil diferită de celelalte: constituirea unei situații juridice „prin prelungirea unei stări de fapt continue sau durabile” (uzucapiunea, prescripția extinctivă, filiația).

¹⁵⁹ Pe larg, a se vedea J. Normand, L'application dans le temps des lois de droit judiciaire privé au cours de la dernière décennie, Mélanges P. Reynaud, Dalloz, Sirey, 1985, p. 555 și urm. Mai recent, a se vedea S. A.-Mekki, Le temps et le procès civil, Dalloz, 2002, nr. 359 și urm.

vează, așadar, până la data actului normativ pe care îl clarifică”¹⁶⁰. Consideram de asemenea că, în contextul prevederilor constituționale cuprinse la art. 15 alin. (2) din legea fundamentală, „ar fi trebuit, poate, să se mai adauge retroactivitatea legii interpretative. Precizam însă că, având ca și criteriu de referință «realitatea juridică», retroactivitatea legii interpretative ar putea fi considerată o ficțiune; dar una admisibilă, din moment ce o asemenea lege face corp comun cu legea interpretată, dezvăluind *ab origine* sensul autentic al textului interpretat; în lipsa însă a unui principiu explicit de această natură, retroactivitatea legii interpretative – din considerentele arătate – rămâne o chestiune doctrinară¹⁶¹.

Întrucât Constituția nu a alăturat celorlalte ipoteze și retroactivitatea legii interpretative¹⁶², iar ipotezele prevăzute *in terminis* nu pot fi decât de strictă interpretare, încercăm să aducem în atenție o altă posibilă explicație.

Problema retroactivității legii interpretative s-ar putea pune numai dacă legea nouă este «veritabil interpretativă», adică dacă ea nu «creează», nu «inovează». Altfel, retroactivitatea este numai aparentă. Numai că, așa cum remarcă doi iluștri doctrinari,

¹⁶⁰ O. Căpățînă, op. cit., p. 114. În același sens P. Roubier, op. cit., nr. 56. O precizare ni se pare necesară: dacă legea interpretativă este în deplină consonanță cu jurisprudența sau, în general, cu modul de interpretare și aplicare a ei, ea se dovedește a fi superfluă, iar chestiunea «retroactivității» este lipsită de sens; dacă legea interpretativă «creează», ea modificând într-un anumit sens domeniul de incidență al legii interpretate, devine ea însăși izvor de drept și, pe cale de consecință, va retroactiva numai dacă, în ambianța reglementărilor constituționale, este o lege mai favorabilă (această posibilă «schemă» privește legile interpretative în materie penală și contravențională, ea nefiind însă aplicabilă, întocmai, în celelalte materii).

¹⁶¹ I. Deleanu, Revizuirea Constituției, în „Dreptul”, 2003, nr. 12, p. 11.

¹⁶² Prin referire la art. 2 din Codul civil francez – căruia îi corespunde art. 1 din legea noastră civilă actuală – s-a presupus că nemenționarea legii interpretative se datorează faptului că retroactivitatea acesteia era prea evidentă, sub condiția de a nu pune în discuție autoritatea lucrului judecat (J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., nr. 349).

legiuitorul face totuși o *alegere* între opțiunile interpretative, deci «creează» o reglementare nouă; așa fiind, asimilarea legii interpretative cu legea interpretată nu este decât o ficțiune¹⁶³.

Cum anticipam, ar fi poate posibilă și o altă explicație: efectele raționale ce rezultă din «operațiunea intelectuală» și chiar de «voință» a legiuitorului prin interpretarea legii «retroactivează» într-adevăr doar regula interpretată așa ar fi trebuit să fie înțeleasă dintr-un început; efectele «juridice» care rezultă din operațiunea interpretării nu pot însă retroactiva, orice repunere în discuție a ceea ce s-a săvârșit deja, cultivând astfel insecuritatea juridică, putând determina grave și adeseori ireparabile prejudicii.

b) Cât privește legile care interesează sub aspectul *efectelor situațiilor juridice*, în principiu, de asemenea, ele se aplică imediat, aceasta însemnând că efectele situațiilor juridice sunt reglementate de legea în vigoare la momentul când ele se produc sau că, din perspectiva neretroactivității, legea nouă urmează să respecte efectele care s-au produs înainte de intrarea ei în vigoare.

Regula este simplă când efectele sunt instantanee. Atunci însă când efectele se prelungesc în timp, trebuie să se distingă, după caz:

– Efectele trecute, care s-au produs și s-au epuizat înainte de intrarea în vigoare a legii noi, precum, bunăoară, în cazul unui contract cu executare succesivă, nu pot fi afectate de legea nouă;

– Efectele viitoare ale unor situații juridice preexistente sunt guvernate de legea nouă, pe temeiul principiului acțiunii ei imediate;

– Principiul efectului imediat al legii noi este uneori înlăturat, în favoarea supraviețuirii legii vechi;

– De regulă, efectele viitoare ale situațiilor extracontractuale sunt supuse legii noi, iar efectele viitoare ale situațiilor contractuale sunt, în principiu, guvernate de legea veche, care ultra-activează, măcar pentru că această lege, expres sau tacit, a fost încorporată în contract prin voința părților și pentru că, astfel cum în general se admite, contractul este un act de previziune, rebel față de impreviziunea legislativă.

¹⁶³ *Ibidem*, nr. 350-352.

37. Efectul imediat al legii noi și ultraactivitatea legii vechi.

Astfel cum s-a mai precizat, nici Constituția, nici Codul civil nu reglementează supraviețuirea legii vechi; dar nici nu o interzic. Ce anume ar putea-o motiva?

Ultraactivitatea sau supraviețuirea legii vechi, constând în aplicarea acesteia și după ieșirea ei din vigoare sau după intrarea în vigoare a legii noi, este un principiu care se opune deopotrivă retroactivității și efectului imediat al legii noi. *A priori, prima facie*, logic ar fi să prevaleze principiului aplicării imediate a legii noi – o lege prezumtiv superioară celei vechi și în măsură să asigure uniformitatea reglementărilor situațiilor juridice de același fel. Altfel, cum uneori s-a spus, ultraactivitatea legii vechi antrenează riscul perpetuării unui regim juridic abrogat. Menținerea unor regimuri juridice diferite, în raport de data creării situațiilor juridice sau în raport cu data intrării în vigoare a unor legi, poate prejudicia ordinea juridică¹⁶⁴. Uneori însă se confundă astfel supraviețuirea legii vechi cu nonretroactivitatea legii noi, pe de o parte, iar pe de alta, crearea sau stingerea unor situații juridice cu efectele viitoare ale acestor situații.

Atunci când ultraactivitatea legii vechi privește efecte ale unor situații juridice legale, forța supraviețuirii ei rezultă din voința legiuitorului, care, prin noua lege adoptată, expres sau tacit, înțelege să ocrotească, din motive de securitate juridică, tot ceea ce încă se derulează după înlocuirea legii vechi cu o lege nouă, chiar dacă astfel este afectată unitatea și coerența în ordinea juridică.

Atunci când ultraactivitatea legii vechi privește efecte viitoare ale unor situații juridice voluntare, părțile înseși, prin voința lor, înțeleg să conserve articulațiile reglementării care le-a guvernat operațiunea juridică, punându-se astfel la adăpost de intervenția intempestivă a legiuitorului. Două exigențe trebuie însă observate¹⁶⁵: a) Aplicarea legii vechi, ulterior abrogării ei, este inadmisibilă ori de câte ori noul act normativ îi înlătură acțiunea; b) În

¹⁶⁴ În legătură cu asemenea opinii, a se vedea, împreună cu observațiile critice J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., nr. 356, 372.

¹⁶⁵ A se vedea O. Căpățînă, op. cit., p. 140, 141.

tăcerea legii noi, puterea legii vechi de a se aplica faptelor ulterioare abrogării ei trebuie interpretată retroactiv, ca orice excepție de la dreptul comun intertemporal.

38. Retroactivitatea și ultraactivitatea legii – ficțiuni juridice. «Realitatea juridică» – constituită ca reper al ficțiunii juridice –, are la fundamentul ei o judecată de valoare aparent inextricabilă, așa încât este de ordinul evidenței, echitabil și lesne de înțeles că o lege nu-și poate produce efectele anterior existenței ei, nici ulterior momentului când ea a încetat să mai existe. Și totuși, în ipotezele descrise, uneori legea retroactivează sau ultraactivează. Numai printr-un «artificiu» în raționament și în spațiul rigorilor eficacității legii, deformând realitatea juridică, legii i se atribuie calități extrinseci coordonatelor ei temporale de acțiune: retroacțiune sau ultraacțiune, abstracție făcând de existența sau inexistența ei predeterminată. Dar și într-un sens și în celălalt, aceasta înseamnă ficțiune. Acea lege n-a existat sau nu mai există; și totuși, ea este valorizată «ca și cum» ar fi existat sau încă mai există¹⁶⁶.

Ficțiunea juridică a retroactivității legii și ficțiunea ultraactivității ei constă în translația în timp a eficacității legii, punând în discuție – în opinia noastră – un raport de cauzalitate¹⁶⁷: momentul intrării sau ieșirii din vigoare a legii în raport cu predatara legală a

¹⁶⁶ Natura ficțională a aplicării legii penale mai favorabile ni se pare cu atât mai evidentă cu cât aceasta își găsește aplicare, conform art. 6 alin. (2) C. pen., și atunci când ea a fost declarată neconstituțională, precum și atunci când, conform art. 7 C. pen., a intervenit o hotărâre judecătorească definitivă de condamnare și cel condamnat se află în executarea pedepsei. O reglementare identică poate fi întâlnită în Codul penal spaniol, art. 2 alin. (2) prevăzând că au efect retroactiv legile penale care îl favorizează pe infractor, chiar după pronunțarea unei hotărâri definitive și după începerea executării pedepsei. Unii autori au mers mai departe, susținând aplicarea legii penale mai favorabile și când pedeapsa a fost deja executată. Pentru repere doctrinare, a se vedea Fl. Streteanu, Drept penal. Partea generală, 1, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 194, p. 194.

¹⁶⁷ Pentru un punct de vedere contrar, a se vedea G. Wicker, Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, cit. *supra*, nr. 3.3, nr. 257 și 277.

acestui. Ni se pare că, astfel, se dă expresie nu doar unei opțiuni de politică legislativă, ci se și derogă de la rigorile unor concepte juridice. Așa fiind, considerăm că nici retroactivitatea legii, nici ultraactivitatea ei nu pot fi catalogate ca simple «excepții». De altfel, teza «excepției» n-ar acoperi situația supraviețuirii legii vechi, care nu se află încă – în materie civilă – sub acoperământul unei reguli generale.

Să stăruim prin două exemple.

Legea de amnistie mai ales – de asemenea o lege penală mai favorabilă – «excelează» prin elemente ficționale, pozitive și admisibile.

Etimologic, «*amnistia*» semnifică «uitare»; în context, nu este o «uitare naturală», ci una «provocată legislativ», pentru a face astfel ca anumite fapte săvârșite în trecut să fie despovărate de semnificație și consecințe penale. Poate că simplitatea și claritatea fenomenului amnistiei au făcut de prisos elaborarea unei teorii generale a acesteia, conferindu-i-se amnistiei, adeseori, un caracter conjunctural și politic. Cert este că legea de amnistie constituie o abatere de la principiul separației puterilor în stat.

Grație amnistiei se înlătură pentru viitor și ireversibil toate semnificațiile și implicațiile penale derivând din fapte săvârșite și reprehensibile, interzicându-se orice urmărire în privința acestora sau ștergând condamnările ce li s-au atașat persoanelor vinovate de săvârșirea lor. Elementele ficționale ale acestei ipoteze ni se dezvăluie – ele însele – cu desăvârșită claritate: deși legea sub imperiul căreia s-au săvârșit acele fapte se află încă în vigoare, urmare a unei legi de amnistie, «viața» acelei legi este sincopată, ea nemai-producându-și efectele, «ca și cum» n-ar mai exista. Fapta săvârșită de învinuit, inculpat sau condamnat este pur și simplu «purificată» ireversibil de orice semnificații sau implicații «penale». O realitate juridică anterioară amnistiei este, cât privește determinările ei penale, ignorată, «ca și cum» ea n-ar fi existat vreodată.

Mutatis mutandis, la concluzii similare se poate ajunge și în cazul legii de grațiere colectivă sau al unui decret prezidențial de grațiere individuală.

Ultraactivitatea legii penale temporare – veritabilă excepție de la principiul retroactivității legii penale mai favorabile¹⁶⁸ – implică

¹⁶⁸ În opinia unui cunoscut penalist, atunci când legea care intră în vigoare în momentul abrogării legii temporare este mai favorabilă, se va aplica legea nouă și în privința faptelor comise sub imperiul legii temporare (V. Pașca, *Prolegomene în studiul dreptului penal*, Ed. „Lumina Lex”, București, 2000, p. 163, 164). Cu argumente subtile și persuasive, opinia n-a fost împărțită: dacă s-ar proceda astfel, legea temporară și-ar pierde orice eficiență, fiind totdeauna aplicabilă legea nouă, mai favorabilă; Constituția, prin prevederile art. 15 alin. (2), autorizează retroactivitatea legii penale mai favorabile, fără a obliga însă la aplicarea retroactivă nelimitată în cazul oricărei dispoziții penale mai favorabile; o altă interpretare ar fi de natură să pună în discuție și legitimitatea prevederilor cu privire la aplicarea legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive, dar și a unor legi de grațiere sau amnistie. În considerarea acestor argumente, dar și a unor repere de drept comparat [de exemplu, art. 2 alin. (2) din Codul penal spaniol, parag. 2 alin. (4) din Codul penal german, art. 2 alin. (4) din Codul penal italian], s-a concluzionat în sensul că, „cel puțin *de lege lata*”, legea penală temporară constituie o excepție de la principiul retroactivității legii penale mai favorabile; mai mult chiar, este o excepție și de la retroactivitatea legii de dezincriminare; principiul legii penale mai favorabile n-ar opera nici în situația în care unei legi temporare mai severe îi succede o altă lege, tot temporară, dar mai favorabilă (Fl. Streteanu, op. cit., p. 266, 267). Într-adevăr, *de lege lata* explicația și argumentarea sunt plauzibile. Credem însă că este posibilă și o altă perspectivă de abordare: art. 15 alin. (2) din Constituție consacră, ca principiu constituțional și fără nici o excepție, retroactivitatea legii penale mai favorabile, iar legiuitorul ordinar nu poate să introducă excepții, fără a periclita supremația legii fundamentale sau fără a-și expune reglementarea unei obiecții sau excepții de neconstituționalitate; aplicarea legii temporare, chiar atunci când legea nouă este mai favorabilă ori dezincriminează, ar pune în discuție principiul egalității cetățenilor în fața legii, prevăzut de art. 16 alin. (1) din Constituție, care implică și dreptul la un tratament juridic egal. În ce ne privește, considerăm că dispozițiile art. 9 alin. (1) C. pen., «formal» privite, sunt anacronice. Dacă, totuși, din considerente de oportunitate și echitate – la care subscriem – ele au fost reiterate în noul Cod penal, pentru motivele arătate, apreciem că nu sunt incompatibile cu aplicarea principiului retroactivității legii penale mai

de asemenea elemente ficționale. În sensul art. 9 alin. (1) C. pen., „legea temporară se aplică infracțiunii săvârșite în timpul când era în vigoare, chiar dacă fapta nu a fost urmărită sau judecată în acel interval de timp”. Așadar, o lege penală «meteorică» se aplică totuși și după «stingerea» ei, «ca și cum» încă ar exista. Dar aceasta este ficțiune juridică.

Secțiunea a 4-a Nominalismul monetar și valorismul

39. Impreviziunea. Cele două categorii ireconciliabil contrare, cel mult cea de-a doua, *valorismul*, putând fi considerată un corectiv al celei dintâi, *nominalismul* monetar, sunt contigue «impreviziunii»: nominalismul este «rebel» față de impreviziune; valorismul este «sensibil» la ea, încercând să-i aplatizeze consecințele.

Contractele cu executare succesivă și contractele afectate de un termen suspensiv de executare, inevitabil, trebuie să suporte «șocul timpului», acest gen de «*alea*» aducător de bulversante surprize, greu de imaginat la momentul încheierii lui sau, deși imaginabile, mai dificil de prevenit, dar, de regulă, posibil de înlăturat *a posteriori*. În spațiul convențiilor juridice, «șocul timpului» se numește «impreviziune» sau *hardship*.¹⁶⁹ Este vorba, așadar, de acele

favorabile. Altfel spus și printr-un aparent joc de cuvinte, «ultraactivitatea» legii temporare ar fi aplatizată de «retroactivitatea» legii mai favorabile. Ne-am afla în prezența unei duble ficțiuni juridice, una negativă, cealaltă pozitivă, compatibile totuși. Apreciem că soluția la care ne-am oprit se conjugă cu o alta, la care subscriem: legea penală temporară retroactivează, atunci când ea este mai favorabilă, aplicându-se și pentru faptele comise anterior intrării ei în vigoare (*Fl. Streteanu*, op. cit., nr. 203. În același sens *C. Barbu*, Aplicarea legii penale în spațiu și timp, Ed. Științifică, București, 1972, p. 300).

¹⁶⁹ Pentru o încercare de sinteză, a se vedea: *I. Deleanu, S. Deleanu*, Considerații cu privire la clauza penală, în vol. „Culegere de studii”, Pandectele Române, Ed. „Rosetti”, București, 2003, p. 130 și urm. „*Tête de pont jetée dans le futur*”, spunea *Carbonnier*, în *Flexible droit*,

contracte a căror executare este eșalonată și obligațiile pe care le cuprind au fost exclusiv fixate în considerarea circumstanțelor contemporane încheierii lor.

Impreviziunea este situația în care, urmare a unor evenimente neprevăzute de părți la momentul încheierii contractului, echilibrul între prestațiile lor este considerabil dezarticulat, iar partea lezată nu și-a asumat riscul unor asemenea evenimente. Câteva precizări sunt necesare: a) Evenimentul trebuie să nu fi fost prevăzut de părți sau ele să nu fi putut să-l prevadă. Este ceea ce implicit rezultă din prevederile art. 1085 C. civ.: „Debitorul nu răspunde decât de daunele-interese care *au fost prevăzute* sau care *au putut fi prevăzute* la facerea contractului (...)” [s.n.]. Impreviziunea se apropie astfel de forța majoră – ambele sunt evenimente neprevăzute și imprevizibile; ambele sunt obstacole la executarea unei convenții. Totuși, pe când forța majoră face imposibilă executarea convenției, impreviziunea nu înlătură categoric executarea, ci doar justifică reconsiderarea sau «modelarea» ei sub anumite aspecte, pe care o reclamă circumstanțele imprevizibile survenite. Nu poate fi vorba nici de leziune, pentru că dezechilibrul între prestații nu-și are sursa în inegalitatea inițială a acestora, ci într-un factor exterior și ulterior de bulversare; b) Accentul trebuie pus nu pe cauza evenimentului, ci pe efectul acestuia asupra echilibrului contractual; c) Echilibrul contractual trebuie să fi fost considerabil sau grav alterat; d) Domeniul de aplicare al teoriei impreviziunii privește numai contractele având ca obiect obligații exprimabile într-o unitate monetară, contracte cu executare succesivă, dar și cu executare *uno actu*, sub condiția unui termen suspensiv; e) În principiu, contractele susceptibile de integrare în domeniul teoriei impreviziunii pot fi nu numai cele comutative, dar și cele aleatorii; f) Partea să nu-și fi asumat *a priori* riscul evenimentelor imprevizibile sau părțile, prin mijloace convenționale admise, să nu fi stabilit ele însele soluțiile în raport cu consecințele imprevizibilului.

6^e éd., p. 175, sau contractul suportă „les meurtrisseures du temp”, spunea un alt autor.

Circumstanțele cele mai frecvent «absorbite» în domeniul impreviziunii – dar fără a fi singurele, cum îndeobște se spune – sunt cele economice și financiare, purtând denumirea de *inflație*.

Nominalismul – cum spuneam – este insensibil la circumstanțele de eroziune monetară; el – cum s-ar spune – postulează dogmatic că „leul este leu”. Valorismul este «măsura ortopedică» față de nominalism, ancorându-se în realitate; el – cum s-ar spune – conchide că „leul de acum nu mai este leul de altădată” și îi atribuie funcția de instrument de plată ținând seama de valoarea lui reală, îndreptând ceea ce se mai poate îndrepta.

40. *Nominalismul monetar*, dobândit în timp¹⁷⁰ și parcă «pietrificat», poate fi definit ca fiind acel principiu potrivit căruia o unitate monetară își conservă ca atare, sub același nume, aceeași valoare liberatorie, chiar dacă în timp valoarea ei reală s-a schimbat, așa încât debitorul unei anumite cantități de unități monetare datorează totdeauna aceeași sumă numerică. Pe scurt și în adagiul franțuzesc: „*le franc vaut toujours le franc*”.¹⁷¹ În principiu deci, o datorie monetară nu are o altă valoare decât aceea pe care o exprimă nominal. Aceasta, întrucât debitorul datorează «bunul», cu toate «elementele» lui, iar moneda – ca instrument de plată – este și ea un bun – «metamorfoza trocului» – și trebuie privită, cum sfătuia Pothier, nu în „corpurile și piesele ei”, ci în

¹⁷⁰ Principiul este atribuit chiar lui Aristotel, întrucât, în „*Etica nicomahică*”, Stagiritul a spus că valoarea unei monede depinde de lege, nu de natura ei (*M. Niyonzima*, La clause de monnaie étrangère dans les contrats internationaux, Bruylant, Bruxelles, 1991, nr. 138).

¹⁷¹ Principiul nominalismului monetar a fost calificat ca principiu „universal recunoscut”. Într-adevăr, el este consacrat, de exemplu, de art. 1895 din Codul civil francez de la 1804, de art. 1895 din Codul civil belgian, de art. 1277 din Codul civil italian, de art. 312 din Codul civil spaniol, de art. 727 din Codul civil portughez, de art. 619 din Codul civil argentinian, de art. 2389 din Codul civil mexican etc. În Anglia, acest principiu s-a remarcat din Evul mediu, iar jurisprudența l-a acreditat începând cu afacerea „*Knox v. Lee, Parker v. Davies*”, din 1870. Ce e drept, principiul s-a afirmat la epoca în care metalismul monetar domina (*ibidem*, nr. 139, 140).

valoarea ce i-a fost atașată și pe care ea o semnifică în materia prețului. Plata trebuie efectuată prin remiterea obiectului obligației; or, obiectul obligației este acela care a fost stipulat în contract, „adică suma de bani prevăzută în act și astfel cum a fost prevăzută”.¹⁷² Pe de altă parte, chiar luând în considerare posibila eroziune monetară, în lipsa unei clauze exprese se poate prezuma intenția părților de a-și asuma riscul fluctuației.

Articolul 1578 C. civ., preluând filologic textul art. 1895 din Codul civil francez, arată că: „Obligația ce rezultă din împrumut în bani este totdeauna pentru aceeași sumă numerică arătată în contract. Întâmplându-se o sporire sau o scădere a prețului monedelor, înainte de a sosi epoca plății, debitorul trebuie să restituie suma numerică împrumutată și nu este obligat a restitui această sumă decât în speciile aflătoare în curs în momentul plății”. În pofida arhaismelor specifice epocii, textul este îndeajuns de limpede, sub următoarele aspecte: el evocă „întâmplările”, impreviziunea constând în eroziunea sau augmentarea „prețului monedelor”¹⁷³; riscul monetar aparține creditorului; textul vizează numai obligațiile ce rezultă dintr-un împrumut în bani. Pe scurt, implicit se consacră *nominalismul monetar*. Regula imutabilității valorii nominale a monedei a fost extrapolată și convertită într-un principiu general, aplicabil în toate contractele, precum și în toate raporturile obligaționale, așa încât s-ar putea spune că principiul face parte din „dreptul de plată în general”¹⁷⁴.

Ar fi însă de discutat, în cadrul principiilor care guvernează raporturile conflictuale dintre o normă generală și una specială,

¹⁷² P.C. Vlachide, Repetiția principiilor de drept civil, vol. II, Ed. „Europa Nova”, București, 1994, p. 275.

¹⁷³ Subscriem punctului de vedere exprimat de J.Ph. Lévy că textul corespunzător francez, cel al art. 1895, n-a avut în vedere decât moneda de metal (*J.Ph. Lévy, Histoire des obligations*, Litec, 1995, p. 170-172).

¹⁷⁴ Fr. Grua, Prêt simple, în „Éditions du Juris-Classeur”, 1998, art. 1892 à 1904, civil, nr. 149; C. Hamangiu, N. Georgean, Codul civil adnotat, vol. IX, Alcalay, București, 1934, p. 231; D. Alexandresco, Principiile dreptului civil român, vol. IV, Tipografia Curții Regale, București, 1926, p. 455, 456.

dacă era admisibilă extinderea unei reguli de excepție, prevăzută de art. 1578 C. civ. în materia împrumutului, la toate celelalte contracte sau alte obligații. Oricum, postularea nominalismului monetar ca principiu general în materia plății nu i-a accentuat inflexibilitatea, ci, dimpotrivă, i-a fisurat autoritatea în favoarea valorismului, ca expresie a unui alt adagiu: *rebus sic stantibus*.

Ceea ce ne interesează însă în context este dacă nominalismul monetar poate fi considerat o ficțiune juridică. Pentru a aduce un răspuns, se dovedește iarăși necesară stabilirea criteriului ficțiunii: «realitatea materială» sau «realitatea juridică»? Ficțiunea «juridică», prin definiție, nu poate fi decât o denaturare a realității «juridice». Criteriul «realității juridice» își dovedește utilitatea și forța explicativă mai ales atunci când realitatea juridică nu este pur și simplu un «decalc» al celei materiale.

Dacă principiul nominalismului monetar este raportat la dispozițiile «legale» cuprinse de art. 1578 C. civ., el nu este o «ficțiune juridică», tocmai aceste dispoziții conferindu-i autoritate. Cu alte cuvinte, nominalismul monetar, formal, nu contrazice, nu deformează, nu alterează «realitatea juridică», ci chiar îi dă expresie. Dacă principiul nominalismului monetar este confruntat cu «realitatea materială» – el absolutizând valoarea nominală a banilor și ignorând valoarea lor reală –, atunci el este o ficțiune, nu însă «juridică», ci «adjectivală»¹⁷⁵.

41. *Valorismul* este ancorat în «realitatea materială», în sensul larg al acestei sintagme, el «valorizând» – cum sugerează termenul – moneda prin aprecierea puterii ei de cumpărare. Pe scurt, datoria este «revalorizată» la momentul plății. Valorismul monetar

¹⁷⁵ Credem că în acest sens s-a spus: „ficțiunea că marca e egală și identică sieși” (*M. Pédamon, Le contrat en droit allemand, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p. 127*). Pentru unele repere doctrinare, în sensul calificării ca «ficțiune juridică», a se vedea *G. Wicker, Les fictions juridiques, cit. supra, nr. 379, nota de sub nr. 145*. Autorul consideră că nominalismul monetar este o «ficțiune-regulă», constând însă în ignorarea realității materiale, mai exact a celei economico-financiare (op. cit., nr. 2.1, 379, 380).

înseamnă că acela care datorează o anumită cantitate de unități monetare, corespunzând, la origine, unei anumite puteri de cumpărare, trebuie să remită creditorului unități monetare corespunzând puterii de cumpărare a acestora la momentul plății.

Abstracție făcând de adaptările prin «indexare legală», avem în vedere îndeosebi *indexările convenționale*, în cazul obligațiilor pecuniare¹⁷⁶. Această indexare constă în raportarea obligațiilor pecuniare la anumiți indici economici, prin clauze contractuale sau convenții distincte, în vederea menținerii în timp a valorii reale a obligațiilor¹⁷⁷.

Dar sunt admisibile astfel de clauze? Problema a fost controversată, dar ni se pare a fi definitiv tranșată.

La un prim nivel de discuție, tranșarea problemei a implicat opțiunea între admisibilitatea sau inadmisibilitatea impreviziunii¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Mai recent, clasificarea obligațiilor, în raport cu obiectul acestora, a fost considerată și următoarea: obligații „pecuniare” – obligații de rezultat, sensibile variațiilor monetare și susceptibile de executare forțată; obligații „de a da”, un alt lucru decât sume de bani, și „datoriile de valoare” – obligații de rezultat, insensibile la variațiile monetare și, în principiu, susceptibile de executare forțată; obligații de „a nu face” – obligații de rezultat, insensibile la variațiile monetare și, în principiu, susceptibile de executare forțată; obligații de „a nu face” – obligații de rezultat, insensibile la variațiile monetare și, în principiu, nesusceptibile de executare forțată; obligații de „a face” – uneori obligații de rezultat, alteori obligații de mijloace, insensibile la variațiile monetare și, în principiu, nesusceptibile de executare forțată (*J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique, 9^e éd., Armand Colin, 2000, nr. 50*).

¹⁷⁷ *I. Albu, Probleme actuale privind reevaluarea judiciară a creanțelor, indexarea convențională a obligațiilor pecuniare și indexarea dobânzilor, în „Dreptul”, 1994, nr. 1, p. 49.*

¹⁷⁸ A se vedea: *J.-M. Mouralis, Imprévision, în „Répertoire de droit civil”, t. VI, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 10 și urm.; H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 11^e éd., Dalloz, nr. 163. Convenția de la Viena cu privire la vânzarea internațională de mărfuri pare a exclude revizuirea contractului pentru impreviziune (art. 79), dar principiile dreptului european al contractelor (art. 2-117) și principiile Unidroit (art. 6-21 la art. 23) o admit.*

S-a considerat că *teoria impreviziunii n-ar fi admisibilă*, întrucât: nu există nici un text legal care să o consacre, ci, dimpotrivă, există un text formal – cel al art. 1134 alin. (1) din Codul civil francez, căruia îi corespunde art. 969 alin. (1) din Codul civil român – care exprimă adagiul *pacta sunt servanda*, în sensul articolelor menționate „convențiile legal făcute au putere de lege între părțile contractante”, legea contractelor fiind o „*loi d'airain*” absolută, care se impune atât părților, cât și judecătorului; din perspectiva acestui principiu, nimic nu justifică refuzarea executării prestațiilor devenite prea oneroase; teoria abuzului de drept nu-și are locul în acest context, căci, solicitând plata prestației promise, creditorul nu abuzează de dreptul de a obține executarea; nici îmbogățirea fără cauză nu-și are locul, căci eventuala îmbogățire a creditorului își are sursa în contract; dacă părțile n-au prevăzut expres rezilierea sau revizuirea contractului în caz de impreviziune, astfel ele au vrut să-și asume riscurile, favorabile sau defavorabile, derivând din variațiile economice sau monetare; dacă orice convenție trebuie executată cu bună-credință, aceasta înseamnă că ea trebuie executată chiar dacă împrejurările s-au schimbat; strict juridic, admisibilitatea impreviziunii ar periclita stabilitatea contractelor și securitatea juridică.

S-a considerat, dimpotrivă, că *teoria impreviziunii este admisibilă*, întrucât: clauza *rebus sic stantibus* trebuie subînțeleasă în toate convențiile; convențiile trebuie executate cu „bună-credință”, ceea ce spune de altfel și art. 970 alin. (1) C. civ.; ele obligă însă – precizează același articol, la alin. (2) – și la ceea ce „echitatea” dă obligației după natura ei; cauza îndeplinește un rol nu numai la formarea contractului, ci și la executarea lui, iar dezechilibrul intervenit imprevizibil în contractele sinalagmatiche implică reconsiderarea cauzei prestațiilor, pentru a reechilibra una dintre aceste prestații; orientarea în dreptul comparat este în favoarea admisibilității impreviziunii¹⁷⁹, unele legislații chiar recunoscând-o

¹⁷⁹ A se vedea: R. David, L'imprévision dans les droits européens, în „Études offerts à A. Jauffret”, 1974, p. 211 și urm.; S. Le Gac-Pech, La proportionnalité en droit privé des contrats, Librairie générale de droit et

expres¹⁸⁰. Pe scurt, dreptul contemporan marchează o ruptură față de analiza clasică a principiului *pacta sunt servanda* și încearcă, indubitabil justificat, să compatibilizeze acest principiu cu rigorile ce derivă din adagiul *rebus sic stantibus*; „dacă nu trebuie exagerată admisibilitatea principiului *rebus sic stantibus*, nici *pacta sunt servanda* nu trebuie socotit un principiu cu valoare de fine de neprimire” – spunea un reputat civilist¹⁸¹, căutând parcă linia aristotelică mediană între cele două principii, aparent ireductibil contradictorii.

În sprijinul admisibilității clauzelor de indexare, „echitabile și utile, oricând în timp”, s-a spus între altele: ele corespund scopului urmărit de către părți la încheierea contractului; preîntâmpină deprecierea creanțelor contractuale bănești ce urmează a fi realizate; ele sunt de natură a adapta contractul la stările de fapt viitoare; ele nu depășesc limitele libertății contractuale, ci se plasează tocmai în cadrul acestei libertăți; ele constituie abateri admisibile de la nominalismul monetar, care are doar o valoare supletivă¹⁸².

Într-o viziune mai modernă, imprevizibilitatea nu este ea însăși o condiție a revizuirii sau rezilierii contractului pentru o altă cauză decât aceea constitutivă de forță majoră. Teoria impreviziunii este fondată pe un postulat inexact: ea pune accentul pe cauza fenomenului, nu pe efectul lui, constând în dezechilibrul prestațiilor. Echivalența comutativă a prestațiilor impune examinarea menținerii integrale sau a revizuirii contractului, nu survenirea impre-

de jurisprudence, 2000, nr. 931 și urm.; Ch. Albiges, De l'équité en droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, nr. 311 și urm.

¹⁸⁰ De exemplu, art. 1942 din Codul civil italian, cu privire la impreviziune, precum și reglementările din Grecia, Portugalia, Cehia, Ungaria, Polonia, Egipt. Aceleași legislații sau altele fac referire la principiul proporționalității (art. 1448 din Codul civil italian, art. 21 din Codul federal civil, cu privire la situația de „disproporție evidentă”). În fine, unele legislații reperează consimțământul, vorbind de acte contrare „onestității obișnuite” (art. 31 din Codul civil danez).

¹⁸¹ Gh. Beleiu, Teoria impreviziunii – *rebus sic stantibus* – în dreptul civil, în „Dreptul”, 1993, nr. 10-11, p. 36.

¹⁸² I. Albu, op. cit., p. 46, 47.

vizibilă a unor noi circumstanțe¹⁸³. Dintr-o asemenea perspectivă ar putea fi reactivată și obligația de bună-credință, dar pe fondul unei concepții solidariste în materie contractuală.

Nu este necesar să stăruim mai mult, în acest context, asupra imprevizunii, doctrina actuală și jurisprudența¹⁸⁴ fiind consonante în sensul că, pe de o parte, sfera de aplicare a regulii *pacta sunt servanda* s-a extins prin cuprinderea și a clauzelor pecuniare susceptibile de a fi prevăzute – pe fondul previzibilității inflației –, iar pe de altă parte, simetric opus, s-a restrâns sfera excepției *rebus sic stantibus*¹⁸⁵. Numitorul comun al ambelor direcții poate fi considerat «valorism monetar».

Valorismul monetar este o ficțiune juridică? Iarăși își dovedește importanța criteriul ficțiunii: material sau juridic?

Constituind ca și criteriu al ficțiunii «realitatea materială», valorismul are meritul de a o lua în considerare, el fiind astfel cu totul străin de domeniul ficțiunilor, asigurând reprezentarea fidelă a realității economico-financiare. Constituind însă ca și criteriu al ficțiunii «realitatea juridică», valorismul monetar ar putea fi consi-

¹⁸³ Pe larg, a se vedea: *D. Berthiau*, *Le principe d'égalité et le droit civil de contrats*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, nr. 423 și urm.; *J. Ghestin*, *Chr. Jamin*, *M. Billiau*, *Les effets du contrat*, 3^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, nr. 330. Potrivit art. 947 C. civ., contractul cu titlu oneros este comutativ atunci când „obligația unei părți este echivalentul obligației celeilalte” [s.n.].

¹⁸⁴ De exemplu: „din coroborarea dispozițiilor art. 970 și 981 C. civ., rezultă că într-un contract clauzele obișnuite se subînțeleg, deși nu sunt expres prevăzute într-însul, iar convențiile obligă nu numai la ceea ce este expres prevăzut în ele, dar și la toate urmările ce echitatea, obiceiul sau legea dă obligației după natura sa” (C.S.J., secția comercială, decizia nr. 21/1994, decizia nr. 445/1996; decizia nr. 87/1997; decizia civilă nr. 4929/2001); alteori, la aceeași concluzie de actualizare a prețului în raport cu indicele de inflație s-a ajuns prin invocarea art. 1084 C. civ. (C.S.J., secția comercială, decizia nr. 1091/2001).

¹⁸⁵ *I. Albu*, *A. Man*, *Utilitatea terminologiei juridice latine, cu referire specială la adagiile „pacta sunt servanda” și „rebus sic stantibus”, în „Dreptul”, 1996, nr. 2, p. 24.*

derat o ficțiune juridică, utilă neîndoielnic, dar ficțiune, întrucât el ignoră regula de drept, postulată ulterior ca principiu general, formulată *in terminis* prin dispozițiile art. 1578 C. civ.

În ce ne privește, considerăm că o concluzie cu privire la natura ficțională a valorismului monetar nu poate fi formulată în termeni atât de categorici, din cel puțin următoarele motive: rămâne îndoielnică, cum spuneam, extrapolarea unei dispoziții speciale și proiectarea acesteia ca principiu general; înseși dispozițiile art. 1578 C. civ. nu sunt dispoziții de ordine publică, nici măcar imperative, ci ele sunt supletive, așa încât valorismul monetar ar putea fi considerat mai degrabă mijloc de corecție, de aplatizare, de adaptare la realități a nominalismului monetar; valorismul monetar nu este lipsit de orice suport legislativ, așa cum au argumentat instanțele judecătorești atunci când l-au admis, chiar dacă admisibilitatea lui legală a trebuit să fie dedusă prin interpretarea altor principii. S-ar pune deci în discuție, totdeauna, nu admisibilitatea de principiu a valorismului monetar, ci licitatea lui.

Un remediu față de nominalismul monetar este «datoria de valoare» – traducerea literală a termenului german *Wertschuld*, prin opoziție la termenul *Geldschuld* –, o formă hibridă de obligație sau o formă intermediară, între cea pecuniară și cea în natură: datoria care, deși este exprimată și este plătită în bani, este sustrasă riscului deprecierii monetare, reprezentând valoarea efectivă a ceea ce se datorează creditorului în ziua reglării obligației.

Datoria de valoare temporizează data estimării creanței, pentru a-i conferi «actualitate» și «integralitate» sub aspectul acoperirii efective a datoriei sau a prejudiciului. Ea nu este o ficțiune juridică, ci un mijloc tehnic, admisibil și necesar, pentru a înlătura nominalismul monetar¹⁸⁶.

¹⁸⁶ A se vedea și *infra*, nr. 62.

Secțiunea a 5-a

Răspunderea penală a persoanei juridice

42. Reglementare. Deloc exagerând, se poate spune că ideea răspunderii juridice – mai apoi inclusiv a celei penale – atașată corporațiilor, asociațiilor de drept public și privat, persoanelor juridice sau morale a străbătut veacurile, având, firește, conotații specifice fiecărei epoci, oferind exegeților o generoasă și incitantă temă de controverse și subtilități, care încă stârnește interesul¹⁸⁷. În vremea din urmă, remarcăm înclinația autorităților legiuitoare din diferite state spre consacrarea răspunderii penale a persoanei juridice¹⁸⁸. De altminteri, Rezoluția Congresului Asociației Internaționale de Drept Penal, care a avut loc la București, în 1929, recomandă: „1. Stabilirea în dreptul penal intern a unor măsuri eficace de apărare socială împotriva persoanelor juridice, atunci când este vorba de infracțiuni săvârșite în scopul de a satisface interesul colectiv al acestora sau cu mijloace furnizate de ele; 2. Aplicarea acestor măsuri de apărare socială nu trebuie să excludă posibilitatea angajării răspunderii penale individuale, pentru aceeași infracțiune, a persoanelor fizice care dețin administrarea sau direcția persoanei juridice sau care au comis infracțiunea cu mijloace furnizate de persoana juridică”¹⁸⁹. Era și acesta un îndemn fățiș la repudierea principiului *societas delinquere non potest*. Demersul pentru a urma îndemnul a fost însă îndelungat și anevoios.

Codul penal român, în forma adoptată prin Legea nr. 302/2004¹⁹⁰, a consacrat – și el – răspunderea penală a persoanei juridice.

¹⁸⁷ Mai recent, pentru un studiu dens, retrospectiv și proiectiv, valorizând o amplă și concludentă bibliografie, a se vedea *Fl. Streteanu, R. Chiriță, Răspunderea penală a persoanei juridice*, Ed. „Rosetti”, București, 2002, *passim*.

¹⁸⁸ De exemplu: art. 51 din Codul penal olandez, art. 5 din Codul penal belgian, art. 121-2 din Codul penal francez, art. 17 din Codul penal danez.

¹⁸⁹ „Revue Internationale de Droit Penal”, 1930, p. 7.

¹⁹⁰ „Monitorul Oficial al României”, nr. 575 din 29 iunie 2004.

Dispoziții de principiu cuprinde art. 45 C. pen.: „(1) Persoanele juridice, *cu excepția* statului, a autorităților publice și a instituțiilor publice, răspund penal, *în cazurile prevăzute de lege*, pentru infracțiunile săvârșite *în numele* sau *în interesul* persoanelor juridice, de către *organele sau reprezentanții acestora*. (2) Răspunderea penală a persoanei juridice *nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a participat* la săvârșirea aceleiași fapte.” [s.n.]

Capitolul V al legii penale, privitor la „Regimul de executare a pedepselor aplicate persoanei juridice”, prin art. 80 și urm. detaliază sancțiunile specifice susceptibile de aplicare persoanei juridice: amenda – art. 80; dizolvarea persoanei juridice – art. 81; suspendarea activității sau a uneia dintre activitățile persoanei juridice – art. 82; interzicerea de a participa la procedurile de achiziții publice – art. 84; interzicerea accesului la unele resurse financiare – art. 85; afișarea hotărârii de condamnare sau difuzarea acesteia – art. 86.

Pedeapsa amenzii, astfel cum este reglementată, are ca termen de comparație pedeapsa detențiunii, respectiv a închisorii stricte sau a închisorii prevăzute pentru persoana fizică și se prezintă ca un substitut al acestei pedepse, între limitele speciale determinate printr-o sumă de bani.

Dizolvarea persoanei juridice va putea fi pronunțată atunci când persoana juridică a fost constituită în scopul săvârșirii de infracțiuni sau când obiectul său de activitate a fost deturnat, în scopul săvârșirii de infracțiuni; dizolvarea are ca efect deschiderea procedurii de lichidare, potrivit legii, prin hotărârea de dizolvare instanța desemnând lichidatorul.

Suspendarea activității sau a uneia dintre activitățile persoanei juridice poate interveni atunci când întreaga activitate sau o componentă a activității persoanei juridice a fost exercitată în condiții infracționale¹⁹¹.

¹⁹¹ Articolul 83 C. pen. exceptează de la aplicarea pedepsei constând în dizolvare sau suspendare unele persoane juridice: partide politice, sindicate, patronate, culte religioase, organizații ale cetățenilor aparținând minorităților naționale, persoane juridice care își exercită activitatea în domeniul presei sau al audiovizualului. Din perspectiva unora dintre

Interzicerea accesului la unele resurse financiare constă în interzicerea de a obține fonduri prin plasamente de titluri de valoare sau de a obține fonduri de la instituțiile de credit ori instituțiile financiare, pe o perioadă de la 1 an la 5 ani.

În fine, afișarea sau difuzarea, integrală sau în extras, pe cheltuiala „persoanei juridice condamnate” a „*hotărârii de condamnare*”, rezultă a fi o pedeapsă complementară, putându-se dispune fără a dezvălui identitatea victimei sau a reprezentantului legal al acesteia „fără consimțământul lor”.

Câteva observații – ele însele discutabile – ar putea fi deja făcute: detașându-ne fără rezerve de «teoria ficțiunii» persoanei juridice, nu putem totuși ignora faptul că persoana juridică nu dispune *ea însăși* de o voință proprie, distinctă de voința celor care o alcătuiesc, și nu poate *ea însăși* să desfășoare o activitate proprie, exclusivă, distinctă de activitatea persoanelor care o gestionează sau o conduc, susceptibilă de a fi calificată ca infracțiune; de altminteri, această constatare pare a fi implicată în textul art. 45 alin. (1) C. pen., din moment ce se vorbește de răspunderea persoanei juridice pentru infracțiunile săvârșite – așadar de un altul decât persoana răspunzătoare – „în numele sau în interesul persoanei juridice”; această altă persoană – *fizică* – care săvârșește infracțiunea ar putea fi, după caz, administratorul societății, care, potrivit art. 72 din Legea nr. 31/1990¹⁹², exercită un «mandat

reglementările constituționale, unele dintre aceste excepții sunt discutabile: libertatea de exprimare este categoric interzisă când are ca obiect ori ca scop defăimarea fărăi și a națiunii, îndemnul la război de agresiune, la ură națională, rasială, de clasă sau religioasă, incitarea la discriminare, la separatism teritorial sau la violență publică, manifestări obscene, contrare bunelor moravuri – art. 30 alin. (7) din Constituție; sunt neconstituționale partidele sau organizațiile care, prin scopurile ori prin activitatea lor, militează împotriva principiilor statului de drept ori a suveranității, a integrității sau a independenței României – art. 40 alin. (2) din Constituție.

¹⁹² Legea 31/1990, republicată, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 1066 din 17 noiembrie 2004, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 161/2003 („Monitorul Oficial al României”, nr. 379 din 21 aprilie 2003). Articolul 72 din Legea nr. 31/1990, potrivit căruia obligațiile și

comercial», sau un «prepus», rezultând astfel, aparent paradoxal, că infracțiunea poate fi săvârșită prin mandat sau prepușenie; dacă răspunderea persoanei juridice nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice, „care a participat la săvârșirea aceleiași fapte” – de fapt, care a săvârșit acea faptă – rezultă că, pentru una și aceeași infracțiune, se angajează o dublă răspundere față de persoane diferite – una fizică, cealaltă juridică –, concomitent și paralele, dar cu un tratament juridic, mai ales sub aspectul pedepselor, esențialmente diferit; unele sancțiuni, constând în publicitatea hotărârii de condamnare, se deosebesc, ca să zicem așa, numai «cantitativ», nu și «calitativ», căci, bunăoară, comunicarea hotărârii de dizolvare sau de suspendare a activității „organului care a autorizat înființarea persoanei juridice și organului care a înregistrat persoana juridică” [art. 81 alin. (4) și art. 82 alin. (3) C. pen.] este tot o formă de publicitate, făcută însă în scopul executării pedepsei; una și aceeași sancțiune – dizolvarea – poate fi dispusă, după caz, de instanța judecătorească în condițiile dreptului societar sau în condițiile dreptului penal și tot astfel, uneori, deschiderea procedurii falimentului; indiferent de pedeapsa penală aplicată persoanei juridice, direct sau indirect, aceasta se răsfrânge, cel mai adesea fără nici o vină, asupra tuturor persoanelor care o alcătuiesc, producându-se astfel nu numai ciudatul fenomen al «convertirii» pedepsei penale, dar mai ales al «colectivizării» ei.

Nu este cazul să stăruim: răspunderea penală a persoanei juridice este acum – și în dreptul nostru – o «realitate», ca și persoana juridică însăși.

43. Fundamentul răspunderii penale a persoanei juridice. În sens restrictiv, tehnic, exclusiv juridic, opinăm că la fundamentul răspunderii penale a persoanei juridice se află o *ficțiune*

răspunderea administratorilor „sunt reglementate de dispozițiile referitoare la *mandat*” [s.n.], nu implică ideea că aceștia sunt chiar mandatar, ci numai că, sub anumite aspecte, ei sunt asimilați mandatarilor. De altfel, întrucât infracțiunea e o «faptă», nu un «act juridic», ar rămâne extrem de discutabilă reprezentarea persoanei juridice în săvârșirea ei.

juridică legală. Această formă de răspundere penală este o «invenție legislativă», subtilă și utilă¹⁹³, dar nu mai puțin «invenție».

Prin ea se contrazice «realitatea juridică», se deformează, se reconsideră, se adaptează, se remodelează concepte sau instituții juridice care configurează o altă «realitate juridică». Doar exemplificăm.

Este, se pare, unanim admis că persoana juridică însăși, considerată ca atare, nu poate să realizeze acțiunea sau inacțiunea, ca element constitutiv al laturii obiective a infracțiunii, așa încât, pentru a i se imputa ei însăși fapta infracțională, trebuie să se considere că – în sens larg vorbind – organele diriguitoare care au săvârșit fapta, făcând parte din structura persoanei juridice, s-au comportat «ca și cum» ar fi însăși persoana juridică. Articolul 45 C. pen. pare să contrazică însă această posibilă aserțiune: organele sau reprezentanții persoanei juridice acționează nu ca persoană juridică, ci „în numele sau în interesul acesteia”; persoana fizică, având calitatea de organ sau reprezentant al persoanei juridice, răspunde *nomine proprio* pentru infracțiunea săvârșită¹⁹⁴. Sub ambele aspecte, subiectele participante – persoana fizică și persoana juridică – sunt dedublate, nu identificate. Admițând că și administratorul neasociat, care funcționează pe baza unui contract individual de muncă, face parte din structura persoanei juridice, ne va fi totuși greu sau imposibil de admis că, atunci când administrator este o altă persoană juridică, aceasta face parte din structura persoanei juridice reprezentate. Una și aceeași persoană juridică neputând fi, în același timp, reprezentantă și reprezentată.

¹⁹³ În cuprinsul avizului Consiliului Legislativ, nr. 921 din 8 septembrie 1999, privind proiectul legii de modificare a Codului penal, se vorbea despre o „inovatie neizbutită”.

¹⁹⁴ Considerăm a fi necesară compatibilizarea dispozițiilor art. 271 și urm. din Legea nr. 31/1990 (în forma republicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 1066 din 17 noiembrie 2004) cu privire la răspunderea penală a administratorilor, cu dispozițiile Codului penal cu privire la răspunderea penală a persoanei juridice.

Dacă persoana juridică însăși nu poate să săvârșească fapta – comisivă, omisivă, comisivă prin omisiune – susceptibilă de sancționare cu o pedeapsă penală, ci fapta este săvârșită de organele sau reprezentanții ei, opinăm că angajarea sau nu a răspunderii penale a persoanei juridice implică determinarea prealabilă a perimetrului capacității ei de folosință, în raport cu principiul specialității. Săvârșirea faptei de către organele sau reprezentanții persoanei juridice în afara prerogativelor circumscrise prin specialitatea capacității ei de folosință n-ar putea angaja însăși persoana juridică, întrucât, cum precizează art. 45 alin. (1) C. pen., organele sau reprezentanții ei trebuie să fi săvârșit infracțiunea „în numele sau în interesul persoanei juridice”.

În cazul răspunderii penale a persoanei juridice, elementul discutabil și reconsiderabil este și latura subiectivă a infracțiunii. Vinovăția – intenția, culpa, praeterintenția –, mobilul și scopul infracțiunii, nu pot fi analizate decât în persoana organului sau a reprezentantului persoanei juridice. Ulterior săvârșirii faptei s-ar produce o translație a laturii subiective pe seama persoanei juridice, colectivizând-o, extrapolând-o, generalizând-o la nivelul tuturor persoanelor fizice care alcătuiesc persoana juridică, ceea ce nu ni se pare posibil decât ficțional. Presupunând că hotărârea în baza căreia s-a acționat a aparținut adunării generale, pe baza principiului majorității care guvernează formarea voinței sociale a oricărei societăți comerciale, această hotărâre este obligatorie pentru toți asociații, chiar dacă nu au luat parte la adunare ori au votat împotriva. Cel puțin paradoxal, dacă nu chiar bizar, indirect, prin intermediul persoanei juridice, vinovăția ca element constitutiv al infracțiunii săvârșite, îi privește deopotrivă¹⁹⁵. Sigur, dacă se acreditează ideea că există o voință specifică persoanei juridice,

¹⁹⁵ Poate că avea dreptate un autor atunci când spunea că în cazul persoanelor juridice nu se poate vorbi de o „voință proprie”, ci doar de „efecte volitive colective”, căci în cadrul persoanei juridice se exprimă intenții în privința cărora ea însăși nu este „autorul”, ci vehiculul sau locul de manifestare a acestora (W. Cassiers, La responsabilité pénale des personnes morales une solution en trompe-l'oeil?, în „Revue de droit penal et de criminologie”, 1999, p. 845, 846, 852, 853).

care nu este suma voințelor individuale ale persoanelor care o alcătuiesc, nici forma abreviată a acestor voințe, și dacă admitem teoria normativă a voinței, lucrurile par să se limpezească și să se compatibilizeze. Ar trebui totuși să facem abstracție de modul cum s-a format voința și de forma prin care ea s-a obiectivat, ca element constitutiv al unei infracțiuni. Un cerc vicios ar putea fi sesizat, cel puțin în unele situații: voința persoanei juridice se formează și se exprimă prin persoanele care realizează conducerea entității colective; apoi, aceleași persoane, aducând la îndeplinire această «voință a persoanei colective», săvârșesc eventual infracțiunea ale cărei consecințe se răsfrâng deopotrivă asupra persoanei juridice și asupra persoanelor fizice care i-au format, obiectivat și realizat voința. Este greu sau aproape imposibil de disociat două voințe distincte.

Dacă fapta infracțională a fost săvârșită, cum precizează art. 45 alin. (1) C. pen., în numele sau în interesul persoanei juridice, logic, potrivit caracterului personal al răspunderii penale, ar trebui să răspundă numai persoana juridică. Dar același articol, la alineatul următor, prevede dimpotrivă că „răspunderea penală a persoanei juridice nu exclude răspunderea penală a persoanei fizice care a participat la săvârșirea *aceleiași fapte*” [s.n.]. Ni se pare corect, întrucât apartenența autorului infracțiunii la o persoană juridică nu poate constitui o cauză de împunitate a acestuia. Dar astfel este adus în discuție un alt principiu: *non bis in idem*. Una și aceeași persoană și pentru aceeași faptă ar fi sancționată de două ori: o dată ca persoană fizică și încă o dată ca membru al persoanei juridice. Pe de altă parte, ar urma să se examineze eventuala ipoteză a pluralității de infractori, atunci când atât persoana juridică, cât și persoana fizică și-au adus contribuția la realizarea laturii obiective a infracțiunii, iar sub raportul laturii subiective se dovedește că au cooperat.

Legea penală scoate din sfera subiectelor răspunderii unele categorii de persoane juridice: statul, autoritățile publice și instituțiile publice¹⁹⁶. Prin prisma pedepselor aplicabile, excepțiile sunt

¹⁹⁶ Pentru asemenea excepții, a se vedea E. Picard, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public: fondements et champ d'application, în „Revue des sociétés”, 1993, nr. 2, p. 270 și urm.

de înțeles. Dar astfel se readuce în discuție o mai veche problemă: punibilitatea persoanelor juridice. Nu cunoaștem motivele legiuitorului – poate necesitatea și continuitatea acestor persoane juridice –, dar, în raport cu opinia majoritară contrară¹⁹⁷, problema rămâne încă deschisă¹⁹⁸; firește, prin adecvarea sancțiunilor aplicabile, pentru fapte penale săvârșite de aceste autorități sau instituții ca «persoane juridice». Aceasta, în contextul actualei reglementări, căci poate fi de asemenea discutată excluderea *ab initio* din sfera subiectelor răspunderii penale a acelor entități colective care nu sunt dotate cu personalitate juridică¹⁹⁹. Admiterea răspunderii penale a grupurilor de societăți²⁰⁰ ar aduce în atenție, de asemenea, inedite valorizări ale formelor de participare propriu-zisă sau perfectă: coautorat, instigare, complicitate. Extrem de complexe probleme privind angajarea răspunderii penale a persoanei juridice pot fi deja intuite în cazul grupurilor de interes economic, reglementate prin art. 118 și urm. din Legea nr. 161/2003. Un grup de interes economic este el însuși persoană juridică și poate avea ca administrator o persoană juridică.

¹⁹⁷ Fl. Streteanu, R. Chiriță, op. cit., p. 91 și urm., împreună cu reperele doctrinare.

¹⁹⁸ Indiscutabil, statul este și trebuie să rămână o excepție [a se vedea și art. 121-2 din Codul penal francez sau art. 5 alin. (4) din Codul penal belgian].

¹⁹⁹ Opinia dominantă pare a fi aceea că existența personalității juridice potrivit legii civile nu trebuie să fie o condiție *sine qua non* a angajării răspunderii penale a entităților colective (pentru repere doctrinare și argumente, a se vedea Fl. Streteanu, R. Chiriță, op. cit., p. 100 și urm. Cât privește grupurile de societăți, a se vedea Y. Guyon, Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale?, în „Revue de sociétés”, 1993, p. 248). Chiar în condițiile reglementării franceze, care se referă expres la „persoanele juridice”, s-a admis *de lege lata* răspunderea concomitentă a filialei și a societății-mamă, prima în calitate de autor, iar cea de-a doua în calitate de instigator sau complice.

²⁰⁰ Pentru o sinteză asupra acestora, a se vedea I. Deleanu, Grupurile de contracte și principiul relativității efectelor contractului, în „Dreptul”, 2002, nr. 3, p. 10 și urm.

Deschiderea procedurii falimentului, prin însăși hotărârea de condamnare și consecutivă acesteia, are cu totul altă semnificație juridică decât aceea ce-i este atribuită falimentului prin Legea nr. 64/1995.²⁰¹

În fine, consacrarea legală a răspunderii penale a persoanei juridice, implicit repune în discuție unele dintre împrejurările anti-juridictății faptei și unele dintre cauzele care înlătură responsabilitatea.

Nu este cazul să insistăm, potrivit fiind să retrimitem din nou la monografia în materie²⁰². Oricum, întrucât legea noastră, cât privește domeniul răspunderii penale a persoanei juridice, nu s-a atașat sistemului răspunderii generale, consacrat de Anglia, Belgia, Olanda, Canada etc., ci aceleia consacrat, bunăoară, de Franța, precizând că persoanele juridice răspund penal „în cazurile prevăzute de lege”, după indicarea acestor cazuri, reabordarea instituției se impune cu siguranță. Vor apărea iarăși teme și dileme. Totuși, de pe acum, ineditul sau inovația nu poate trece neobservată, unele «artificii» fiind inevitabile – adică unele ficțiuni – pentru a înțelege în întregul ei ficțiunea juridică legală a răspunderii penale a persoanei juridice – această „cheie potrivită, dar încă nu îndeajuns de bine șlefuită”.

Secțiunea a 6-a

Filiația adoptivă sau legitimarea adoptivă

44. Reglementare. Prin Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției²⁰³ s-a fixat adopției un nou cadru normativ; temă

²⁰¹ Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 149/2004 („Monitorul Oficial al României”, nr. 424 din 12 mai 2004) și prin Legea nr. 249/2005 („Monitorul Oficial al României”, nr. 678 din 28 iulie 2005).

²⁰² Fl. Streteanu, R. Chiriță, op. cit., *passim*.

²⁰³ Publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 557 din 23 iunie 2004. A se vedea, de asemenea, Legea nr. 274/2004 privind înființarea, organizarea și funcționarea Oficiului Român pentru Adopții, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 557 din 23 iunie 2004.

– cum se știe – uneori chiar aprig controversată, situând adeseori statul român între «Schylla și Charybda» în legătură cu adopțiile internaționale.

Legea însăși, *in terminis* și punctual, stabilește principiile care trebuie respectate „în mod obligatoriu” în cursul procedurii adopției (art. 2 din lege), fără însă ca astfel să se înșiruie exhaustiv aceste principii: principiul interesului superior al copilului; principiul creșterii și educării copilului într-un mediu familial; principiul continuității în educarea copilului, ținându-se seama de „originea sa etnică, culturală și lingvistică” (sic!); principiul informării copilului și luării în considerare a opiniei acestuia, în raport cu vârsta și gradul său de maturitate; principiul celerității în îndeplinirea oricăror acte referitoare la procedura adopției.

Din economia reglementării rezultă însă și alte principii, poate mai puțin generale, dar care, în egală măsură, exprimă sensul, semnificațiile și implicațiile adopției – mai ales implicațiile –, determinările fundamentale ale acesteia, precum: posibilitatea realizării unei singure forme de filiație adoptivă – *adoptia plena*, adopția cu efecte «depline»; stabilirea filiației adoptive exclusiv printr-o hotărâre judecătorească; interdicția adopției între anumite categorii de persoane; dreptul copilului care a împlinit vârsta de 10 ani de a «consimți» la propria adopție; dreptul lui de a obține informații clare și complete, potrivit vârstei și gradului său de maturitate, referitoare la etapele și durata procesului de adopție, la efectele acesteia, precum și la adoptator sau familia adoptatoare și rudele acestora; posibilitatea adoptării persoanei majore numai dacă adoptatorul sau familia adoptatoare a crescut-o în timpul minorității sale; în principiu, imposibilitatea unor adopții simultane sau succesive; păstrarea dreptului de a consimți la adopția copilului de către părintele sau părinții decăzuți din drepturile părintești sau cărora li s-a aplicat pedeapsa interzicerii drepturilor părintești; dreptul instanței ca, în mod excepțional, să treacă peste refuzul părinților firești sau, după caz, al tutorelui de a consimți la adopția copilului; posibilitatea acestora de a revoca consimțământul; atestarea adoptatorului sau a familiei adoptatoare în urma evaluării garanțiilor morale și a condițiilor materiale, dar, îndeosebi, a

motivelor pentru care celălalt soț nu se asociază la cererea de adopție; posibilitatea atacării rezultatului nefavorabil al reevaluării făcute de Direcția generală de asistență socială și protecția copilului nu la instanța de contencios administrativ, ci chiar la instanța competentă în materia adopției de la domiciliul adoptatorului; posibilitatea deschiderii procedurii adopției interne numai dacă planul individualizat de protecție, reglementat prin Legea nr. 272/2004²⁰⁴, stabilește necesitatea adopției; încuviințarea adopției de către instanța judecătorească numai după ce copilul a fost încredințat pentru o perioadă de 90 de zile persoanei sau familiei care dorește să-l adopte; selectarea adoptatorului sau a familiei adoptatoare din lista centralizată la nivel național a persoanelor sau familiilor adoptatoare atestate și înscrise în Registrul național pentru adopții, în raport îndeosebi cu interesul superior al copilului; încuviințarea adopției este de competența exclusivă a instanțelor judecătorești, dacă adopția este în interesul superior al copilului; direcția de la domiciliul copilului urmărește și întocmește rapoarte trimestriale cu privire la evoluția copilului și a relațiilor dintre acesta și părinții săi adoptivi pe o perioadă de cel puțin 2 ani după încuviințarea adopției; adopția internațională a copilului care are domiciliul în România poate fi încuviințată numai în situația în care adoptatorul sau unul dintre soții din familia adoptatoare care domiciliază în străinătate este bunicul copilului pentru care a fost încuviințată deschiderea procedurii adopției interne, după analizarea raportului direcției referitor la existența altor solicitări similare din partea rudelor copilului până la gradul IV, cu domiciliul în România și numai pe baza atestării de către autoritatea centrală competentă din statul primitor sau de către organizațiile sale acreditate și autorizate în condițiile legii; obligația adoptatorilor de a informa copilul că este adoptat, de îndată ce vârsta și gradul de maturitate ale acestuia o permit și dreptul adoptatului, după dobândirea capacității depline de exercițiu, de a solicita tribunalului să-i autorizeze accesul la informațiile aflate în posesia oricăror autorități publice cu privire la

²⁰⁴ Legea privind protecția și promovarea drepturilor copilului, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 557 din 23 iunie 2004.

identitatea părinților săi firești; încetarea adopției prin desfacere sau ca urmare a declarării nulității acesteia, instanța putând însă respinge cererea de declarare a nulității adopției, dacă va constata că menținerea adopției este în interesul celui adoptat.

Toate aceste dispoziții, susceptibile și de o altă formulare, la care s-ar mai putea adăuga și altele, le-am considerat a fi, convențional, *principii speciale*, calificarea lor ca «reguli tehnice» în materia adopției putând fi, cât privește unele dintre ele, condamnabile improprietați de limbaj sau în privința altora condamnabile substituirii de sens, deformări ale sensului major al adopției²⁰⁵.

Articolul 1 din Legea nr. 273/2004, spre deosebire de reglementările anterioare, oferă el însuși o definiție a adopției, o definiție de principiu, susceptibilă de întregire: „*Adopția este operațiunea juridică prin care se creează legătura de filiație între adoptator și adoptat, precum și legături de rudenie între adoptat și rudele adoptatorului*”.

Această definiție evocă numai efectul pozitiv al adopției: crearea unei legături *juridice* de filiație sau a unei noi asemenea legături. Ea nu evocă însă, decât cel mult implicit, efectul negativ al adopției: disoluția filiației firești, dacă aceasta a existat.

În condițiile în care legea a acreditat numai o singură formă de adopție – adopția plenară sau cu efecte depline, care substituie o filiație juridică celei naturale sau pur și simplu creează o filiație juridică în lipsa celei naturale pentru copilul ai cărui părinți sunt necunoscuți – este justificat, credem, să se vorbească deopotrivă despre «filiație adoptativă» și «legitimare adoptivă»²⁰⁶, esențial-

²⁰⁵ Pentru o sinteză a reglementărilor în materie în dreptul francez, precum și pentru o sinteză a jurisprudenței și doctrinei, a se vedea S. Bétant-Robet, Adoption, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. I, nr. 1-411.

²⁰⁶ În Franța, Decretul-lege din 29 iulie 1939, numit „Codul familiei”, a perfecționat instituția adopției și, alături de aceasta, a creat o instituție mai perfectă, care a apropiat, până la asimilare, situația adoptatului de cea a unui copil legitim: *legitimarea adoptivă*. Aceasta rezulta exclusiv dintr-o hotărâre judecătorească, în cazul copiilor abandonati, al copiilor ai căror părinți nu erau cunoscuți sau erau decedați, dacă acel copil avea cel

mente, ambele producând aceleași efecte și ambele rezultând dintr-o hotărâre judecătorească.

Ambele sintagme – «filiația adoptivă» și «legitimarea adoptivă» – pot fi suprapuse, sub aspectul semnificațiilor și al implicațiilor acestora, din cel puțin următoarele motive: adopția este guvernată în întregime și decisiv de „principiul interesului superior al copilului” – art. 2 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 273/2004 și art. 5 alin. (1) din lege; instanța judecătorească poate trece peste refuzul părinților firești sau, după caz, al tutorelui de a consimți la adopția copilului, dacă se dovedește, prin orice mijloc de probă, că aceștia refuză în mod abuziv să-și dea consimțământul la adopție și instanța apreciază că adopția este în interesul superior al copilului, ținând seama de opinia acestuia, cu motivarea însă expresă a hotărârii în această privință – art. 13 din lege; înainte de dobândirea de către cel adoptat a capacității depline de exercițiu, instanța poate autoriza dezvăluirea identității părinților firești ai adoptatului, dar „numai pentru motive medicale” – art. 52 alin. (3) din lege; pentru motive temeinice, la cererea adoptatorului sau a familiei adoptatoare și cu consimțământul copilului care a împlinit vârsta de 10 ani, instanța poate dispune și schimbarea prenumelui copilului adoptat – art. 53 alin. (3) din lege; pe baza hotărârii judecătorești irevocabile de încuviințare a adopției, „serviciul de stare civilă competent întocmește, în condițiile legii, un nou act de naștere al copilului, în care adoptatorii vor fi trecuți ca fiind părinții săi firești”²⁰⁷

puțin 5 ani, iar adoptatorii erau un cuplu unit prin căsătorie. Ordonanța nr. 58-1306 din 23 decembrie 1958 a apropiat condițiile de formă ale adopției de cele ale legitimării adoptive, adopția devenind o instituție complet detașată de orice convenție, rezultând exclusiv dintr-o hotărâre a instanței. Din motivele arătate în text, ni se pare justificată suprapunerea, în substanță, a celor două sintagme: «filiația adoptivă» și «legitimarea adoptivă».

²⁰⁷ Legea nu precizează ce mențione se va face în acest „nou act de naștere al copilului” despre locul nașterii acestuia. Problema este mai complexă decât pare. Astfel cum rezultă din textul art. 53 alin. (5) al legii în materie, noul act de naștere al copilului se va întocmi de „serviciul de stare civilă competent”, urmând a se înțelege serviciul în circumscripția

– art. 53 alin. (5) din lege; instanța va putea respinge cererea de declarare a nulității adopției, „dacă va constata că menținerea adopției este în interesul celui adoptat”²⁰⁸ – art. 56 alin. (2) din lege.

În context, interesează însă cu precădere efectele adopției și, corelat, ficțiunea legală constituită ca fundament al acestor efecte.

45. Filiația adoptivă sau legitimarea adoptivă – ficțiune legală. Adopția plinară sau cu efecte depline – numai aceasta interesând în cadrul legal al reglementării – produce două categorii de efecte: *efecte negative*, constând, în esență, în încetarea raporturilor de rudenie firească dintre adoptat și descendenții săi, pe de o parte, și părinții săi firești și rudele acestora, pe de altă parte; exceptând totuși cazul adopției copilului de către soțul părintelui firească, caz în care încetarea raporturilor de rudenie se aplică numai față de părințele firească și rudele părintelui firească care nu este căsătorit cu adoptatorul – art. 50 alin. (3) și art. 20 lit. b) din lege; altfel, ca și în cazul unei ipotetice adopții cu efecte restrânse (*adoptio minus plena*), raporturile de rudenie rezultând din adopție le dublează pe cele din filiația firească; *efecte pozitive*, constând, în esență, în stabilirea filiației între adoptat și cel care adoptă, precum și în crearea legăturilor de rudenie între adoptat și rudele adoptatorului – art. 50 alin. (2) din lege.

căruia se află locul nașterii copilului, menționându-se pe vechiul act de naștere întocmirea noului act. Proiectul legii franceze din 11 iulie 1966 preconiza să meargă mai departe, autorizând întocmirea unui act de naștere fictiv, indicând ca loc de naștere sediul tribunalului care a încuviințat adopția. Acest «fals legal» a fost în cele din urmă respins, nu numai pentru că astfel se „discredita autenticitatea actelor de stare civilă”, dar și pentru că ar fi devenit extrem de anevoioasă posibilitatea celui adoptat de a-și căuta filiația adevărată (*S. Bétant-Robet*, op. cit., nr. 278, 279).

²⁰⁸ Expresia „nulitatea adopției”, precum și faptul că acțiunea în „declararea nulității” aparține „oricărei persoane interesate” – cum precizează art. 57 din lege – ar evoca nulitatea absolută; legea o tratează însă, în condițiile arătate, ca o nulitate relativă, care nu poate fi «ignorată» decât judiciar și în interesul celui adoptat. De altfel, riguros vorbind, sintagma „declararea nulității” – nu „constatarea” nulității – ar fi de asemenea un reper pentru calificarea ca relativă a „nulității adopției”.

Ambele categorii de efecte se produc de la data rămânerii irevocabile a hotărârii judecătorești prin care adopția a fost încuviințată.

Din perspectiva ambelor categorii de efecte sau, simplificând, din perspectiva efectului pozitiv și al celui negativ, suntem în prezența unor *ficțiuni legale*.

45.1. Stabilirea unei noi legături de filiație, care se substituie celei firești, are ca scop asimilarea copilului adoptat cu copilul legitim. Interzicând adopția a doi soți sau foști soți de către același adoptator sau familia adoptatoare, adopția între soți sau foști soți, precum și adopția între frați [art. 8 alin. (1) și (2) din lege], legea întărește și astfel condiția juridică a copilului adoptat.

Ni se pare chiar că efectele rezultând din filiația adoptivă sunt mult mai accentuate decât cele rezultând din filiația firească. Două dintre dispozițiile în materie pot avea relevanță în această privință: o nouă adopție este admisibilă numai când adoptatorul sau soții adoptatori au decedat²⁰⁹, caz în care adopția anterioară se consideră desfăcută pe data rămânerii irevocabile a hotărârii judecătorești de încuviințare a noii adopții – art. 7 alin. (3) lit. a) din lege; dar mai ales faptul că, în cazul adopției copilului și de către soțul adoptatorului, consimțământul trebuie dat nu de către părinții firești, ci de către soțul care este deja părinte adoptator al copilului.

Filiația adoptivă sau legitimarea adoptivă este – și în opinia noastră²¹⁰ – o *ficțiune legală*.

Rudenian are la bază «legătura de sânge» dintre cei înrudiți. O legătură obiectivă, «sacramentală» chiar. Numai un «artificiu» juridic o poate ignora sau deforma.

²⁰⁹ Izolat, unele instanțe franceze au admis posibilitatea adopției de către noul soț al adoptatorului, atunci când fostul soț al acestuia a decedat (S. Bétant-Robet, op. cit., nr. 255). Această soluție rămâne extrem de discutabilă, ea fiind în contradicție cu principiul asimilării totale a filiației adoptive plenare cu filiația legitimă.

²¹⁰ În același sens, a se vedea bunăoară S. Bétant-Robet, op. cit., nr. 250.

Unele dintre reglementările de detaliu în materie de adopție nu fac decât să întărească această concluzie²¹¹: este interzisă adopția între frați – art. 8 alin. (1) din lege; impedimentul la căsătorie izvorât din rudenie există, potrivit legii, nu numai între adoptat și descendenții acestuia, pe de o parte, și persoanele cu care a devenit rudă prin efectul adopției, pe de altă parte, dar și între adoptat și descendenții acestuia, pe de o parte, și rudele sale firești, pe de altă parte²¹² – art. 50 alin. (4) din lege.

45.2. Încetarea rudeniei firești dintre adoptat și descendenții săi, pe de o parte, și părinții săi firești și rudele acestora, pe de altă parte, în momentul stabilirii filiației prin adopție, cum prevede

²¹¹ La împrejurările ce urmează, prevăzute de lege, s-ar mai putea adăuga încă una, nedescrisă de lege, dar care s-ar putea ivi, antrenând o problemă dificil de rezolvat: adopția plenară a unui copil de către părințele său natural poate constitui un obstacol la recunoașterea ulterioară a acestuia, pentru a se stabili astfel filiația firească? Soluțiile jurisprudenței franceze și chiar ale aceleiași instanțe sunt contradictorii, cea din urmă consacrand un răspuns negativ: Curtea de Apel Paris, decizia din 8 octombrie 1976, în „Recueil Dalloz”, 1977.42, cu notă de P. Raynaud și în „Gazette du Palais”, 1977.1.106, cu notă de J. Massip; Curtea de Apel Paris, decizia din 16 aprilie 1982, în „Recueil Dalloz”, 1983, JR 331, cu observațiile lui D. Huet-Veiller. Posibilitatea recunoașterii propriului copil adoptat ar pune în discuție principiul irevocabilității adopției. Legea română nu consacră însă *in terminis* un asemenea principiu. Mai mult, ea însăși permite desfacerea sau declararea nulității adopției. Dar, admitând posibilitatea mărturisirii filiației firești ar trebui să se admită și posibilitatea exercitării unei acțiuni în stabilirea filiației firești a copilului deja adoptat cu efecte depline, ceea ce ni se pare inadmisibil, copilul având deja părinți, asimilați celor firești, în persoana adoptatorilor. Concluzia la care ne-am oprit s-ar sprijini, indirect, și pe dispozițiile art. 52 alin. (3) din lege, potrivit cărora identitatea părinților firești ai adoptatului poate fi dezvăluită, înainte de dobândirea de către aceasta a capacității depline de exercițiu, „numai pentru motive medicale”.

²¹² Descoperirea ulterior căsătoriei copilului adoptat, ai cărui părinți nu erau cunoscuți, a acestui impediment la căsătorie, face extrem de dificilă aplicarea dispozițiilor art. 50 alin. (4) din lege și a dispozițiilor art. 23 C. fam., în materia căsătoriei putative.

art. 50 alin. (3) din lege, este de asemenea o *ficțiune legală*, contrazicându-se nu doar «realitatea naturală», biologică, genetică, având la fundamentul ei legătura obiectivă de sânge, dar și unele dintre dispozițiile normative imperative, de natura celor deja arătate: interdicția adopției între frați, impedimentul la căsătorie, dublarea raporturilor de rudenie în cazul adopției copilului de către soțul părintelui firesc.

Asimilarea copilului adoptiv cu copilul legitim, obiectiv, nu poate fi așadar totală. Chiar abstracție făcând de «legătura de sânge», în unele situații asimilarea nu poate fi de asemenea totală. Astfel, art. 53 alin. (2) din lege, referindu-se la ipoteza adopției de către soțul „care adoptă copilul celuilalt soț”, prevede, logic și în interesul copilului, că, atunci când soții au nume comun, adoptatul va purta acest nume; dacă ei nu au un nume de familie comun, sunt obligați să declare instanței care încuviințează adopția numele pe care adoptatul urmează să-l poarte și care, adăugăm noi, va putea fi numele părintelui firesc. Situația poate fi însă mult mai relevantă într-o altă ipoteză, nereglementată de lege: săvârșirea adopției numai de către unul dintre soții care, prin căsătorie, și-au stabilit ca nume de familie comun numele soțului nonadoptiv și care nu este tatăl copilului adoptat. Soțul adoptator nu va putea transmite numele soțului nonadoptiv copilului adoptat, acesta urmând să poarte numele avut anterior căsătoriei de către soțul care l-a adoptat, afară doar dacă celălalt și-ar da consimțământul la purtarea numelui de familie comun²¹³.

²¹³ Având ca reper jurisprudența și doctrina franceze, opinăm că în situația în care soțul celui care a adoptat este decedat ori se află în imposibilitate de a-și manifesta voința, instanța va putea aprecia, la încuviințarea adopției, ținând seama de interesul copilului, asupra numelui copilului adoptat, care va putea fi numele de familie comun al soților. Recursul împotriva hotărârii instanței putând fi exercitat de orice persoană interesată – legea însăși, prin art. 61 alin. (4), făcând trimitere la dispozițiile referitoare la procedura necontencioasă – moștenitorii soțului decedat sau aflat în imposibilitate de a-și manifesta voința vor putea exercita calea de atac, nu împotriva hotărârii prin care s-a încuviințat adopția, dar împotriva părții din hotărâre prin care li s-au prejudiciat drepturile familiei.

Indiferent însă de unele aspecte mai mult sau mai puțin relevante și discutabile, certă ni se pare concluzia de fond a acestui demers: atât efectul pozitiv, cât și efectul negativ, derivate din adopție, semnifică ficțiuni legale. Sunt însă ficțiuni dintre cele mai justificate și generoase, mai ales acum când rolul social și cel familial al adopției sunt excluse și când se detașează ca principiu tutelar și absolut al adopției *interesul superior al copilului*. Nimic altceva și mai ales nu „procurarea unei familii celui fără de familie și a unui copil celui fără de copii”.

Secțiunea a 7-a

Ficțiuni juridice derivând din obiectivarea voinței la încheierea unui act juridic

46. Voința – element structural al actului juridic. «Actul juridic» este rezultatul unei conceptualizări doctrinare. Definiția actului juridic poate fi descompusă în trei propoziții²¹⁴:

a) *Este o manifestare de voință*. În concepția de inspirație individualistă și liberală, în principiu, se recunoaște eficacitate voinței reale. Bunăoară, în materie de simulație, actul secret își produce efectele între părți²¹⁵. Voința trebuie să fie produsul reflecției; ea

²¹⁴ A se vedea *Cl. Brenner*, Acte, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. I, nr. 10 și urm. Asupra definițiilor date actului juridic și civil și încercarea de delimitare a acestuia de contract, a se vedea *P. Vasilescu*, Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie generală a actului de drept privat, Ed. „Rosetti”, București, 2003, îndeosebi p. 56 și urm. În substanțiala sa monografie, autorul mai adăuga – precizare la care în principiu subscriem – că alături de elementele ce urmează trebuie să se afle și „recunoașterea socială a utilității actului”. Suntem însă de asemenea în acord cu autorul că „adăugarea într-o definiție a actului juridic a mențiunii că acesta își produce efectele doar în acord cu ordinea juridică este facultativă prin caracterul său implicit” (p. 62).

²¹⁵ În același sens ar putea fi invocate prevederile art. 977 C. civ. cu privire la interpretarea convențiilor „după intenția comună a părților contractante”.

trebuie să aibă un fundament rațional, să provină deci de la o persoană cu discernământ.

b) Pentru ca voința să fie juridicește eficace, *ea trebuie exteriorizată*. Prin definiție, voința trebuie „manifestată”. Uneori, dar exagerat, s-a considerat chiar că exteriorizarea voinței constituie elementul primordial și caracteristic al actului juridic.

c) Manifestarea de voință este făcută *în scopul de a produce efecte juridice*, în scopul de a crea, modifica sau stinge o situație juridică, iar în concepția normativistă, în scopul chiar de a modifica ordinea juridică. Este elementul care distinge manifestarea de voință «juridică» de orice alte forme de manifestare de voință, chiar atunci când o astfel de manifestare are semnificație de act cu titlu gratuit. Dar, în sine, „efectele juridice” nu constituie un criteriu suficient de distincție în raport cu alte fenomene de asemenea producătoare de efecte juridice, cum sunt „faptele juridice” (prescripția, aparența, decesul, posesia, gestiunea de afaceri etc.). Efectele juridice sunt cosubstanțiale actului juridic, care este făcut „în scopul” de a produce aceste efecte și de a se produce „în mod necesar”.

47. Conținutul ficțiunii juridice derivând din obiectivarea voinței. S-a putut deja reține că una dintre condițiile necesare formării unui act juridic o constituie nu numai voința, dar și exteriorizarea, exprimarea sau obiectivarea acesteia²¹⁶.

Cu alte cuvinte, voința necesară pentru a forma un act juridic presupune reunirea a două elemente: *existența acestei voințe și intenționalitatea ei juridică*. Ar rezulta că, atunci când norma însăși atribuie intenționalitate juridică unui comportament, activ sau pasiv, al subiectului de drept sau atunci când norma juridică

²¹⁶ În acest sens, a se vedea de asemenea: Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a V-a, revăzută și adăugită de M. Nicolae, P. Trușcă, Casa de editură și presă „Șansa”, București, 1998, p. 114; G. Boroș, *Drept civil. Partea generală*, ed. a II-a, Ed. ALL Beck, București, 1999, p. 162, 163; E. Poenaru, *Drept civil. Teoria generală. Persoanele*, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 122, 123; O. Ungureanu, *Drept civil. Introducere*, ed. a V-a, Ed. ALL Beck, București, 2000, p. 118-120.

deduce din interesul exclusiv al unui contractant existența voinței acestuia, asemenea ipoteze semnifică ficțiuni juridice²¹⁷. Să le examinăm însă pe rând și în ordinea arătată.

O voință are semnificație juridică atunci când ea se manifestă în scopul de a produce consecințe juridice; dacă, însă, o asemenea intenție este receptată ca atare de către un altul. Cum s-a spus, trebuie să existe un limbaj comun autorului voinței și destinatarului acesteia²¹⁸.

În principiu, din perspectiva consensualismului, manifestarea de voință nu este subordonată unor exigențe de formă. Totuși, în cazul unor acte juridice, cum sunt actele solemne, manifestarea de voință trebuie să îmbrace o formă specială. De regulă însă, raportând manifestarea activă sau pasivă a subiectului de drept la circumstanțe, se poate astfel deduce semnificația juridică a celui comportament.

În ambianța comportamentului activ, este o manifestare expresă de voință atunci când aceasta este suficientă și deplin comprehensibilă, „neîndoielnică”. Uneori chiar legea reclamă o manifestare expresă de voință. De exemplu, în cazul actelor solemne, scutirea de raport a donațiilor – art. 751 C. civ., acceptarea unei donații – art. 814 alin. (2) C. civ., solidaritatea convențională în materie civilă – art. 1034 și art. 1042 C. civ.

Manifestarea tacită de voință rezultă într-o atitudine și, spre deosebire de manifestarea expresă, suficientă sieși și celui alt, ea trebuie interpretată de acela căruia îi este destinată. Dacă modul de înțelegere al manifestării de voință este contestat, judecătorul, prin prezumții simple, va realiza determinarea judiciară a semnificației manifestării de voință. Uneori însă chiar legea atribuie semnificație acelei manifestări, în sens pozitiv sau negativ.

Îndeobște și prin abatere de la adagiul *qui consentire videtur* – cine tace se consideră că a consimțit – s-a «decis» doctrinar și jurisprudențial că tăcerea nu valorează consimțământ exteriorizat. Totuși, s-a admis și se admite că tăcerea valorează consimțământ cel puțin în următoarele cazuri:

²¹⁷ G. Wicker, op. cit., nr. 75 și urm.

²¹⁸ P. Gode, *Volonté et manifestation tacite*, Lille, Presses Universitaires de France, 1977, nr. 10 și urm.

a) Când legea prevede expres aceasta, oferindu-ni-se ca exemple, între altele, dispozițiile art. 1437 C. civ. și ale art. 82 alin. (2) din Legea nr. 31/1990. Într-adevăr, art. 1437 C. civ. prevede că, după expirarea termenului stipulat prin contractul de locațiune, dacă locatarul rămâne și e lăsat în posesie, atunci locațiunea se consideră „ca reînnoită”; este așa-zisa «tacită relocațiune». În sensul art. 82 alin. (2) din Legea nr. 31/1990²¹⁹, consimțământul se socotește dat dacă asociații „nu au interzis” celorlalți asociați continuarea participării sau a operațiunilor în alte societăți concurente sau având același obiect de activitate. Am putea adăuga și cele prevăzute de art. 10 din O.G. nr. 26/2000²²⁰, potrivit cărora, dacă reprezentantul asociației, deși legal citat, lipsește, atunci judecătorul, prin încheiere motivată, va respinge cererea de înscriere²²¹.

Două precizări am face totuși.

– Uneori, inexistența consimțământului explicit este un consimțământ implicit, rezultat neîndoielnic dintr-o atitudine. Astfel, în cazul celor două atitudini «comisive» – locatarul „rămâne în posesie”, iar locatorul „îl lasă în posesie” – în condițiile prevăzute de art. 1437 C. civ. nu semnifică «tacită» relocațiune, ci manifestare de voințe concordante în sensul prelungirii contractului de locațiune. Este un consimțământ implicit, nu «tăcere», în sens de absență a consimțământului²²².

– Pentru ipoteza prevăzută de art. 82 alin. (2) din Legea nr. 31/1990, se poate spune și că legea presupune „acordul prin neexprimarea dezacordului”²²³.

b) Când prin *voința părților se atribuie o anumită semnificație juridică tăcerii*. De exemplu, în cazul stabilirii modalității de

²¹⁹ Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale a fost republicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 1066 din 17 noiembrie 2004.

²²⁰ Ordonanța Guvernului nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații, publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 39 din 31 ianuarie 2000.

²²¹ Potrivit art. 89 alin. (3) din Legea nr. 21/1924, neprezentarea concluziilor ministerului competent se considera „în favoarea constituirii persoanei juridice”.

²²² E. Poenaru, op. cit., p. 123.

²²³ Ibidem, p. 123, 124.

reînnoire a unei convenții sau de denunțare a acesteia. Sintagma adusă în atenție ar putea fi însă reiterată: „acordul prin neexprimarea dezacordului”. Practica judiciară a admis însă că nimic nu se opune ca părțile, printr-un acord cu privire la raporturile lor viitoare, să convină că simpla tăcere, după primirea ofertei, are valoare de acceptare. Chiar în lipsa unui asemenea acord, uneori tăcerea semnifică acceptare. De exemplu, simpla tăcere a debitorului la oferta de iertare de datorie făcută de creditorul său este considerată acceptare²²⁴.

c) Când *tăcerea are valoarea de consimțământ potrivit obiceiului sau uzanțelor*. De exemplu, practica a admis, de asemenea că, atunci când oferta se face exclusiv în interesul destinatarului, simpla tăcere a acestuia are valoare de acceptare.

Limbajul gestual are – și el – adeseori semnificația juridică a unui consimțământ exprimat, exteriorizat.

Așadar, uneori, se prezumă existența unei manifestări de voință. Prezumția *existenței* acestei manifestări, deși, în realitate, ea nu a fost exprimată, exteriorizată, obiectivată și, ca atare, formal *nu există*, se află la originea ficțiunii juridice. Indiferent că voința este reală sau nu, actul juridic este valabil încheiat. „Un asemenea act este deci constitutiv de o ficțiune juridică”²²⁵, intenționalitatea juridică a comportamentului fiind dedusă dintr-o normă juridică, din înțelegerea părților, din circumstanțe obiective sau subiective, din obiceiuri sau cutume.

În opinia noastră, astfel de împrejurări nu relevă «prezumții», neputându-se evoca un coeficient de probabilitate plauzibil, inerent prezumțiilor.

Alte câteva exemple considerăm că sunt pertinente și persuasive.

²²⁴ Atunci când remiterea de datorie se face prin acte între vii, ea constituie o donație indirectă, urmând să îndeplinească condițiile acesteia. Dacă remiterea de datorie se face printr-un act *mortis causa*, ea constituie un legat și trebuie să îndeplinească condițiile de fond și de formă ale acestuia.

²²⁵ G. Wicker, op. cit., nr. 79.

Factorul obiectiv, constând în actele materiale de executare a contractului, estompează absența declarației de voință, dând astfel naștere unei ficțiuni juridice.

Articolul 8 și art. 16 C. muncii²²⁶, consacrand principiul consensualității, arată că, de regulă, consimțământul părților la încheierea contractului individual de muncă se exprimă în formă scrisă. A fost însă și este unanim admis că forma scrisă a contractului individual de muncă nu este o condiție *ad validitatem*, executarea efectivă a obligațiilor derivând dintr-una asemenea contract semnificând încheierea lui. Mai mult, art. 16 C. muncii precizează că, atunci când contractul nu a fost încheiat în formă scrisă, se prezumă că el a fost încheiat pe o durată nedeterminată.

Când mandatul este un contract consensual, consimțământul părților poate fi dat în mod expres sau tacit – art. 1533 C. civ. „Mandatul tacit rezultă din acele împrejurări de fapt care fac neîndoielnică intenția părților”²²⁷. Chiar acceptarea ofertei de mandat special poate fi tacită, rezultând din „executarea de către mandatar a însărcinării”²²⁸.

Contiguă acestor ipoteze poate fi adusă în atenție o alta: cazul contractelor cu executare succesivă, ajunse la termen. Ca aplicare a principiului mai general conform căruia executarea contractului semnifică acceptarea ofertei, s-a admis și se admite tacita reconducțiune a contractului cu executare succesivă, chiar dacă aceasta nu este prevăzută de lege și chiar dacă părțile nu au convenit anticipat. Este o tehnică generală a dreptului contractual²²⁹. Tacita reconducțiune poate fi definită ca semnificând crearea unui nou

²²⁶ Legea nr. 53/2003, publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 72 din 5 februarie 2003. A se vedea, de asemenea, *I.Tr. Ștefănescu*, *Dreptul muncii*, Ed. „Lumina Lex”, București, 2003.

²²⁷ *Fr. Deak*, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. „Universul Juridic”, București, 2001, p. 315.

²²⁸ C.S.J., secția civilă, decizia nr. 335/1991, în „Dreptul”, 1992, nr. 1, p. 106.

²²⁹ *M. Planiol, G. Ripert*, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2^e éd., 1952, nr. 108.

contract la expirarea celui precedent, în considerarea prelungirii stării de fapt care rezultă între părți din contractul precedent²³⁰. Reconducțiunea rezultă din faptul că, deși termenul extinctiv s-a împlinit, părțile contractante continuă să-și execute obligațiile «ca și cum» contractul încă ar exista. Ficțiunea este ușor de sesizat. Cum s-a spus, părțile se comportă „ca și cum nimic nu s-ar fi întâmplat”²³¹. Nu este vorba de prorogarea efectelor contractului precedent, ci de încheierea – în modul arătat – a unui nou contract, în principiu identic cu cel precedent²³².

În concluzia celor spuse, caracterizarea unei «voințe juridice», necesară la încheierea unui act juridic, presupune îndeplinirea a două condiții: existența unei voințe și intenționalitatea juridică a acesteia. Așa fiind, atunci când legea, părțile, obiceiul, uzanțele conferă ele însele intenționalitate juridică unui comportament, activ sau pasiv, al subiectului sau atunci când dreptul pozitiv deduce din interesul exclusiv al contractantului existența voinței sale, asemenea ipoteze sunt manifestări ale ficțiunii juridice.

Această a doua ipoteză – când dreptul pozitiv deduce din interesul exclusiv al contractantului existența voinței sale – credem că trebuie de asemenea explicată. Exemplul concludent l-ar putea constitui remiterea de datorie, reglementată prin dispozițiile art. 1138 și urm. C. civ. Ea nu este definită de legea civilă, care doar se referă la proba și la efectele remiterii. Ea constă într-o manifestare de voință făcută de către creditor prin care acesta îl liberează pe debitorul său, cu acordul acestuia, fără să fi obținut plata datoriei. Natura convențională a acestei operațiuni își are sorgintea în instituțiile romane *acceptilatio* și *pactum non petendo*. Dacă unele drepturi reale sunt susceptibile să dispară prin abandonare unilaterală, în materia drepturilor de creanță numai voința părții de a

²³⁰ *J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau*, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2001.

²³¹ *L. Boyer*, *Contrats et conventions*, în „Répertoire de droit civil”, *Dalloz*, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. IV, nr. 461.

²³² Totuși, nu se consideră preluate și așa-zisele «clauze ocazionale», exclusive contractului precedent.

renunța nu este suficientă²³³. În realitate, ea are semnificația unei oferte de remitere care, pentru a-și produce efectele, trebuie acceptată. Ea presupune așadar exprimarea unui dublu consimțământ: voința creditorului de a abdica de la dreptul său de creanță; acceptarea de către debitor sau de către beneficiarul remiterii. Întrucât remiterea este prezumată a fi făcută în interesul exclusiv al debitorului, acceptarea de către acesta poate fi tacită. Acceptarea remiterii poate rezulta și din tăcerea debitorului, care nu are nici un interes să o respingă. Tăcerea nu semnifică însă „pur și simplu” acceptare, dar ea „poate” semnifica acceptare²³⁴. Fundamentul soluției trebuie deci observat sub un dublu aspect: nu numai faptul că, *de obicei*, tăcerea semnifică acceptare, dar și faptul că este *probabilă* o astfel de interpretare²³⁵. Soluția nu este lipsită însă de inconveniente. Ea împiedică practic orice retractare a ofertei de remitere²³⁶.

Ceea ce, în context, ne interesează cu precădere este faptul că, din perspectiva interesului exclusiv al contractantului, este constituită, printr-o ficțiune, existența voinței sale. Altfel zis, pentru a pune accentul pe ideea de ficțiune, operațiunea juridică este considerată valabil săvârșită deși, strict vorbind, îi lipsește un element *real* pentru valabilitatea ei.

Trebuie așadar admis că, în dreptul pozitiv, un act juridic poate fi valabil făcut în absența unei manifestări de voință a uneia dintre părți; voința juridică dedusă din interesul exclusiv al părții la acel act este „o pură ficțiune juridică”²³⁷.

În aceste condiții, criteriul categorial al actului juridic – existența unei voințe având ca suport o intenționalitate juridică – trebuie, poate, reconsiderat²³⁸. Cauza ar putea fi criteriul categorial

²³³ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique, 9^e éd., Armand Colin, 2000, nr. 489 și urm.

²³⁴ Y. Picard, Remise de dette, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. IX, nr. 25.

²³⁵ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 5^e éd., Précis Dalloz, 1993, nr. 118.

²³⁶ *Ibidem*, nr. 1368.

²³⁷ G. Wicker, op. cit., nr. 91.

²³⁸ *Ibidem*, nr. 93 și urm.

al actului juridic²³⁹: nu o cauză subiectivă, nici una obiectivă, nu o cauză eficientă, nici una finală, ci o cauză rezultând din îmbinarea tuturor acestor determinări²⁴⁰. Este însă o chestiune complexă și discutabilă, care excede temeiului ficțiunilor juridice.

Secțiunea a 8-a

Ipoteza reprezentării succesoriale

48. Definiție, condiții și efecte. Articolul 664 C. civ. – corespunzător art. 739 din Codul civil francez – definește reprezentarea succesorală sau mai degrabă îi descrie mecanismul, acesta fiind, în sensul articolului menționat, o „*ficțiune a legii*, care are de efect de a pune pe reprezentanți în locul, în gradul și dreptul reprezentatului” [s.n.]. În afara oricărei exegeze, textul art. 664 C. civ. incită prin câțiva termeni sau sintagme: este singurul text, din câte știm, care, *in terminis*, consacră o ficțiune a legii; textul evocă, corelativ, calitatea de reprezentant și calitatea de reprezentat; textul ne precizează că este vorba de un drept al reprezentantului. Toate aceste elemente implică însă observații și nuanțări, pentru a evita confuziile pe care le antrenează.

Într-o definiție a doctrinei, reprezentarea succesorală este instituția legală în virtutea căreia anumiți succesibili, descendenți din aceeași tulpină și aflați în concurs cu succesibili dintr-o altă tulpină, exercită drepturile pe care le-ar fi avut în cadrul succesiunii deschise ascendentului lor „predecedat”, dacă acesta ar fi supra-

²³⁹ *Ibidem*, nr. 98 și urm.

²⁴⁰ Atașându-se concepției moderne asupra cauzei, P. Vasilescu spunea de asemenea: „Cauza actului juridic nu mai este, ca în concepția clasică, nici eficientă, nici finală, ci un hibrid, un melanj de subiectiv și obiectiv, amestec care nu mai poate permite partajarea cauzei în aceea a actului și cea a obligației. Ea unește până la contopire cauza-motiv cu cauza-contraprestație, realizând ca acest amestec să explice natura duală a actului juridic: subiectiv, în sursă; obiectiv, în efecte”.

viețuit lui *de cuius*²⁴¹. Definiția are meritul de a înfățișa mecanismul reprezentării succesoriale, menționându-i articulațiile esențiale, condițiile și efectele. Dar are poate și neajunsul de a vorbi despre „predecedat”, punând astfel în discuție posibilitatea reprezentării comorienților și a persoanelor decedate în același timp²⁴².

Într-o altă definiție, în esență identică, reprezentarea succesorală este „un beneficiu” al legii în virtutea căruia unul sau mai mulți moștenitori de un grad mai îndepărtat – reprezentanții – urcă în gradul, locul și dreptul ascendentului său – reprezentat – care era decedat la deschiderea moștenirii, pentru a culege partea ce i s-ar fi cuvenit acestuia din moștenire, dacă s-ar mai fi aflat în viață²⁴³. Astfel însă cum subtil s-a remarcat și convingător s-a demonstrat, consecințele reprezentării succesoriale nu sunt totdeauna favorabile reprezentanților²⁴⁴, așa încât numai sub rezervă s-ar putea spune că reprezentarea succesorală este un „beneficiu”. Nu este o chestiune crucială, dar nici una de ignorat. Dacă ar fi totuși să păstrăm termenul „beneficiu”, i-am putea da un alt înțeles, anume că, prin invocarea art. 686 C. civ., reprezentantul nu este obligat să accepte moștenirea.

²⁴¹ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, Successions, avec le concours de J. Maury, H. Vialleton, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1928, nr. 53.

²⁴² Mai pe larg, a se vedea: Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ed. „Actami”, București, 1999, nr. 46.1. A se vedea însă, de asemenea, cât privește comorienții, D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 24, îndeosebi p. 49, 50.

²⁴³ *Ibidem*, nr. 44, respectiv, din cea de-a doua lucrare, nr. 52. M. Eliescu spunea, de asemenea, că „reprezentarea constituie un beneficiu al legii, iar nu o ficțiune, cum greșit arată art. 664 C. civ., beneficiu în virtutea căruia un succesibil de un grad mai îndepărtat urcă în gradul și locul ascendentului său care nu se mai află în viață la moartea defunctului, pentru a culege, în concurs cu succesorii mai apropiați în grad, partea din moștenire ce s-ar fi cuvenit celui pe care îl reprezintă” (Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii Socialiste România, Ed. Academiei, București, 1966, p. 89, 90).

²⁴⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités*, Éditions Cujas, 4^e éd., 1998, nr. 87; D. Chirică, op. cit., nr. 52.

În pofida unor inconveniente ale reprezentării – acordă moștenitorilor de același grad părți inegale, divizează la infinit părțile succesoriale²⁴⁵ – utilitatea instituției, cunoscută și în dreptul lui Iustinian, este indenabilă. În principiu, legea nu cheamă la moștenire, într-o ordine a moștenitorilor predeterminată, decât succesibili în gradul cel mai apropiat. E nedrept, iar „rezultatele sunt uneori șocante”²⁴⁶. Dreptul la moștenire nu poate depinde de „hazardul unei cronologii accidentale a deceselor”, iar moartea prematură a părinților nu trebuie să dăuneze unora dintre copii și apoi să profite altora²⁴⁷.

Reprezentarea succesorală previne inechitățile pe care le poate antrena principiul proximității gradului de rudenie și principiul egalității între rudele de același grad. Reprezentarea este un corectiv necesar și cu totul justificat. Firește, este o reprezentare de persoane, nu de voințe, precum în actele juridice.

Reprezentarea succesorală trebuie să îndeplinească câteva condiții²⁴⁸, unele discutabile: a) *Reprezentatul* – ascendentul – să fie *decedat* la data deschiderii succesiunii, iar locul său, devenit vacant, să fie unul *util*, în sensul de a permite succesiunea. Este ceea ce rezultă din unele dintre dispozițiile legale în materie. „Nu se reprezintă decât persoanele moarte” – precizează în termeni categorici art. 668 alin. (1) C. civ. Nu poate fi reprezentată o persoană decedată, dacă aceasta a renunțat la succesiune – art. 698 C. civ. De asemenea, nedemnul nu poate fi reprezentat de descendenții săi – art. 658 C. civ., interpretat *a contrario*. O persoană în viață nu poate fi reprezentată, deși, formal, locul acesteia ar deveni vacant prin renunțare la moștenire sau pentru că nu a moștenit,

²⁴⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., nr. 87, inclusiv nota de sub nr. 46; M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 54, pct. 2.

²⁴⁶ Successions, f.a., în „Répertoire de droit civil”, t. X, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 94.

²⁴⁷ D. Chirică, op. cit., nr. 53; Fr. Deak, op. cit., nr. 44; Fr. Terré, Y. Lequette, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^e éd., Paris, 1997.

²⁴⁸ Inclusiv pentru lămuritoare exemple, a se vedea M. Eliescu, op. cit., p. 91 și urm.

întrucât era nedemnă. Reprezentarea nu operează nici dacă reprezentatul, moștenitor legal nerezervatar, a fost înlăturat de la moștenire prin exheredare; dacă au fost exheredați total, nu pot fi reprezentați, întrucât, prin exheredare, au fost lipsiți de aptitudinea de a-l moșteni pe defunct; dacă moștenitorul nerezervatar a fost numai parțial exheredat, precum și în cazul moștenitorului rezervatar exheredat în limitele cotității disponibile a moștenirii, reprezentarea este posibilă pentru partea de moștenire care nu a intrat sub incidența exheredării²⁴⁹. Pentru ipoteza nedemnității, interdicția reprezentării a fost considerată drastică și nejustificată²⁵⁰, alte legislații omițând-o (de exemplu, art. 467 din Codul civil italian). Nu se admite nici reprezentarea persoanei dispărute, prezumția că o asemenea persoană este încă în viață nefiind înlăturată prin declararea dispariției²⁵¹, dar, unanim se pare, se admite reprezentarea absentului²⁵². Reprezentarea nu poate fi făcută *per saltum* sau *omisso medio*, ci din grad în grad vacant; b) *Reprezentantul* trebuie să fie o persoană pentru care legea admite reprezentarea – art. 665 alin. (2) C. civ. El trebuie să îndeplinească toate condițiile necesare pentru a culege moștenirea lăsată de defunct, consecință firească a prezentării lui ca moștenitor – descendent al reprezentatului, succesibil al defunctului, capabil și demn să moștenească. El are un drept personal, nu unul transmis fictiv; el deține un drept de la lege, nu de la cel reprezentat.

Dacă reprezentarea este admisă, reprezentantul este pus „în dreptul reprezentatului” – cum, «puțin impropriu», arată art. 664 C. civ.

²⁴⁹ D. Chirică, op. cit., nr. 65; Fr. Deak, op. cit., nr. 46.2.

²⁵⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., nr. 88; Succession, cit. *supra*, nr. 99, împreună cu reperele doctrinare; Fr. Deak, op. cit., nr. 46.2; D. Chirică, op. cit., nr. 65. În doctrina clasică franceză s-a considerat că, chiar în condițiile actualelor reglementări, renunțarea la succesiune și nedemnitatea nu sunt obstacole la reprezentare (M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 59).

²⁵¹ Fr. Deak, op. cit., nr. 45; D. Chirică, op. cit., nr. 63.

²⁵² Pentru o asemenea constatare, a se vedea Succession, cit. *supra*, nr. 99.

Efectul este simplu și de regulă benefic, cum ne precizează art. 667 C. civ., inclusiv în franceză: „În toate cazurile în care reprezentarea este admisă, partajul se face pe tulpină (*souche*); dacă aceeași tulpină a produs mai multe ramuri, subdivizia se face iarăși pe tulpină în fiecare ramură și membrii aceleiași ramuri se împart egal între dâșșii”.

49. Fundamentul reprezentării. Surprinzător și la modul cu totul excepțional, prin art. 664 C. civ. legiuitorul însuși își califică reglementarea ca „ficțiune”. Abstracție făcând de obiectul ficțiunii, câteva observații de principiu credem că sunt justificate. În prezența unei asemenea calificări, rămâne totuși enigmatic criteriul ficțiunii; care anume element de drept a fost ignorat sau alterat? Reglementarea în materie nu deformează sau nu alterează nici un concept juridic²⁵³. Ideea că o ficțiune poate avea ca obiect un element de drept a fost cândva contestată, zicându-se că, în realitate, dacă legiuitorul însuși își contrazice reglementarea, aceasta nu poate fi calificată ca ficțiune, ci, după caz, ca abrogare implicită sau ca excepție²⁵⁴. Excepțiile nu sunt însă ficțiuni²⁵⁵, ci manifestări ale voinței legiuitoare suverane, în scopul de a adapta, de a nuanța, de a circumstanția, de a distinge totuși specificul, particularul sau individualul insumabil notelor comune ori efortului de generalizare. Chiar dacă, la epoca aceea sau mai târziu, ideea în discuție a fost reconsiderată, concluzia a rămas dobândită. În ipoteza reprezentării succesoriale, ficțiunea nu are un alt „scop” decât să mascheze o excepție²⁵⁶. Dar într-o asemenea ipoteză sau altele asemă-

²⁵³ G. Wicker, op. cit., nr. 47.

²⁵⁴ J. Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif, specialment en droit privé, Paris-Bruxelles, Sirey-Bruylant, 1935, p. 184.

²⁵⁵ G. Wicker, op. cit., nr. 3.3. Orice ficțiune juridică semnifică o excepție – în sens larg – întrucât derogă de la logica aplicării unuia sau a mai multor concepte juridice; dar nu orice excepție este o ficțiune juridică. „Nu există coincidență între cele două noțiuni decât în ipoteza în care soluția reținută prin regula de excepție contravine totodată logicii conceptelor întrebuintate la formularea tehnică a regulii de principiu”.

²⁵⁶ Fr. Gény, op. cit., t. III, nr. 246.

nătoare, ficțiunea este inutilă; legiuitorul, atunci când stabilește unele derogări, nu trebuie să ascundă aceasta²⁵⁷; nu sunt deci necesare procedee deturnate pentru a se deroga de la principiile stabilite²⁵⁸. Greșeala a fost atribuită lui Pothier, care a prezentat astfel reprezentarea succesorală ca tradițională²⁵⁹. Procedând astfel, legiuitorul a edictat unele reguli nu numai criticabile, dar și în dezacord cu altele, adoptate în același timp²⁶⁰.

Admițând însă, numai pentru demonstrație, că reprezentarea succesorală este o ficțiune juridică, stăruie întrebarea care este obiectul ficțiunii?

S-a considerat că n-ar fi vorba de o ficțiune, întrucât, punând reprezentantul în locul, în gradul și în dreptul reprezentatului, aceasta nu produce nici un efect: reprezentatul, mort înainte de a se fi deschis succesiunea, n-a putut dobândi drepturi succesoriale pe care apoi, prin reprezentare, să le preia reprezentantul. În replică, s-a precizat că, atunci când legea atribuie reprezentantului drepturile celui reprezentat, face aceasta nu în considerarea faptului că el ar avea aceste drepturi, ci în considerarea faptului că le-ar fi putut avea, dacă ar fi supraviețuit lui *de cuius*. Ficțiunea ar consta, deci, în ideea că reprezentatul încă trăiește, grație reprezentării lui de către moștenitori. Explicația rămâne ea însăși discutabilă²⁶¹. Reprezentantul nu deține drepturile lui de la reprezentat. El îl reprezintă pe reprezentat chiar și când acesta a renunțat la succesiune sau a fost declarat nedemn. Aceasta înseamnă că drepturile

²⁵⁷ M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 53.

²⁵⁸ Succession, cit. *supra*, nr. 95. M. Eliescu (op. cit., p. 90) spunea, de asemenea, că „legiuitorul modern, spre deosebire de pretorul roman, nu are nevoie să presupună că anumite condiții ar fi fictiv întrunite pentru a acorda un beneficiu legal pe care el îl poate atribui direct și pe față”.

²⁵⁹ L. Lecocq, De la fiction comme procédé juridique, Rousseau, Paris, 1914, nr. 95 și urm., îndeosebi p. 98-101.

²⁶⁰ M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 53.

²⁶¹ Asupra controversei, a se vedea: A.M. Leroyer, op. cit., nr. 88, îndeosebi p. 106 și urm.; M. Grimaldi, Droit civil. Successions, 2^e éd., Litec, 1992, nr. 131; Fr. Terré, Y. Lequette, Droit civil. Les successions. Les libéralités, 2^e éd., Dalloz, 1988, nr. 85, 91.

reprezentantului nu tranzitează patrimoniul celui reprezentat, ci că reprezentantul deține drepturile lui pe temeiul legii. Așa fiind, în pofida a ceea ce prevede art. 664 C. civ., dispozițiile acestuia nu consacra o ficțiune de reprezentare, ci o ficțiune de substituie în grad.

Adevărul este însă că, din considerente de echitate sau în considerarea afecțiunii nediscriminatorii a defunctului față de toți succesi-bili săi, legea a înțeles să deroge de la regula proximității gradului de rudenie și de la regula egalității între rudele de același grad – pivot al devoluțiunii *ab intestat* – în profitul devoluțiunii pe tulpini. Dar astfel nu se alterează nici conceptul de moștenitor, nici concep-tul de partaj succesoral. Se derogă pur și simplu de la ceea ce îndeobște se întâmplă prin natura lucrurilor; se instituie o excepție²⁶².

Dar excepția nu este ficțiune. Reprezentantul nu moștenește «ca și când» l-ar moșteni pe reprezentat, care, la rândul său, l-ar fi moște-nit pe *de cuius*, ci, întrucât legea a instituit o excepție, pentru cazurile și în condițiile prevăzute, regula proximității gradului de rudenie este înlăturată în favoarea împărțirii moștenirii pe tulpini²⁶³.

²⁶² Fr. Terré, Y. Lequette, op. cit., nr. 83-85; G. Wicker, op. cit., nr. 47.

²⁶³ D. Chirică, op. cit., nr. 53.

Capitolul III

Ficțiuni juridice având ca sursă voința părților și ficțiuni juridice doctrinare

50. Preliminarii. Astfel cum s-a mai spus, ficțiunile juridice nu sunt apanajul legiuitorului. Uneori, legiuitorul recurge la ficțiuni juridice deliberat sau, involuntar, sporadic, pentru că introducerea unor asemenea «artificii» prin reglementare este în general contestată; alteori, în locul ficțiunilor optează pentru alte procedee de tehnică legislativă, îndeosebi prezumțiile legale irefragabile sau atribuirea de conotații specifice unor categorii noționale chiar în partea introductivă a actelor sale normative; în fine, dând expresie suveranității lui, legiuitorul recurge cel mai adesea la excepții legale, chiar dacă unele dintre acestea sunt surprinzătoare sau bulversante.

Libertate de mișcare, ca să zicem așa, aproape neîngrădită – convențiile și actele juridice unilaterale ale părților sau părții, avertizează art. 5 C. civ., nu pot totuși să deroge de la „legile care interesează ordinea publică și bunele moravuri”¹ – au subiectele de drept, care, în cadrul operațiunilor juridice pe care le prefigurează sau realizează, pot «inventă» figuri juridice, mai ales în spațiul «contractelor nenumite». Ficțiunile juridice create de părți, în general de către subiectele de drept, din perspectiva autonomiei lor de voință, dobândesc însă deplină relevanță abia în cazul sancționării lor pe cale jurisprudențială, precum și în cazul în care s-ar

¹ Articolul 908 din proiectul Codului civil, consacrand „libertatea de a contracta”, ar urma să precizeze, de asemenea, că „nu se poate deroga prin contracte de la dispozițiile legale care privesc ordinea publică și bunele moravuri”; actele unilaterale fiind înscrise sub aceleași exigențe – art. 910. Aceste dispoziții nu vor putea fi desprinse de cele ale art. 909, care impun părților să acționeze cu bună-credință.

pune problema opozabilității acestora față de terți. Altfel, ele rămân pur și simplu sub guvernământul «legii părților».

Ficțiunile juridice doctrinare sunt, firește, mai numeroase și mai elaborate decât cele ale părților. Inventivitatea juridică a doctrinei – de altminteri, locul privilegiat al inventivității – este aproape incomensurabilă, uneori sugerând legiuitorului și instanțelor soluții scadente și imperioase, alteori corectând, adaptând, remodelând, actualizând soluțiile legiuitorului și ale instanțelor. Ele pot deveni și cel mai adesea au devenit ficțiuni juridice legale sau jurisprudențiale².

Secțiunea 1

Ficțiuni juridice având ca sursă voința părților

51. Admisibilitate și legitimitate. Ficțiunile juridice având ca sursă voința individuală au fost contestate, sub motivul că ficțiunile fiind un procedeu tehnic de elaborare a unor reguli de conduită, ele sunt apanajul legiuitorului³. Totuși, uneori, având încuviințarea legii, alteori, chiar fără o asemenea încuviințare, părțile actului juridic, în raport cu interesele lor, dacă astfel nu încalcă normele imperative sau nu fraudează legea, stabilesc *clauze ficționale*. Câteva exemple, din ambele categorii – prin autorizarea legii sau fără o asemenea autorizare – credem că sunt lămuritoare prin ele însele.

51.1. În unele ipoteze, legea autorizează părțile să stabilească clauze ficționale. De exemplu, art. 1175 C. civ. permite părților să *simuleze*, să încheie, alături de actul public, aparent, care, total sau parțial, nu reprezintă adevărata voință a părților, un al doilea act, secret, ascuns, care dă expresie deplină acestei voințe⁴, singura

² Pe larg, a se vedea *infra*, nr. 53.

³ *Fr. Gény*, Science et technique en droit privé positif, cit. *supra*, nr. 252 și urm.

⁴ Pe larg, a se vedea distincta monografie *FLA. Baias*, Simulația. Studiu de doctrină și jurisprudență, Ed. „Rosetti”, București, 2003, *passim*.

consecință de fond fiind aceea că actul secret produce efecte numai între părțile contractante și succesorii lor universal. De esență simulației este caracterul convențional al acesteia, rezultând dintr-un acord simulatoriu, obiectivat sau nu printr-un act juridic secret, lipsind în cazul actului fictiv și prezent în cazul actelor deghizate și în cazul interpunerii de persoane⁵.

S-a opinat însă și s-a argumentat metodic că simulația nu este o ficțiune juridică⁶, întrucât: a) Ficțiunea juridică este opera legiuitorului, fiind integrată în dispoziția normativă, în timp ce simulația este opera unor subiecte de drept, destinatari și nu creatori ai legii; b) Intenția legiuitorului, exprimată în ficțiunea juridică, „nu se poate compara cu cea a individului, care vrea să simuleze o aparență pentru a-i înșela pe terți; în ficțiunea legală nu se regăsește voința de a înșela, de altfel destul de improbabilă în activitatea unui legiuitor”⁷; dimpotrivă, deși consacrarea legală a unor neadevăruri evidente ar părea surprinzătoare, „nu trebuie pierdut din vedere că una din valorile dreptului (...) este valoarea de justiție, iar utilizarea unor asemenea corective are drept scop tocmai de a căuta pe căi specifice atingerea acestui ideal”⁸; c) Chiar dacă ideea de *ficțiune* este proprie ambelor categorii juridice, în cazul simulației acesteia i se alătură dorința esențială de a ascunde adevăratele raporturi juridice dintre părți, intenție total străină ficțiunii legale⁹; d) Ficțiunea juridică este un procedeu tehnico-legislativ, care alterează adevărul în scopul obținerii unui rezultat impus de principii care prevalează asupra respectării adevărului; simulația este o formă a minciunii care urmărește scopuri dintre cele mai diverse, atât oneste, cât și mai ales frauduloase.

⁵ *Ibidem*, nr. 99, 103.

⁶ *Ibidem*, nr. 490.

⁷ M. Dagot, *La simulation en droit privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967, p. 20.

⁸ A. Boar, *Elemente de teoria dreptului*, Ed. „Servo-Sat”, Arad, 1996, p. 188.

⁹ M. Dagot, op. cit., p. 20, 21; R. Dekkers, op. cit., p. 108; G. Wicker, op. cit., nr. 3.1.

În ce ne privește, rămânem la ideea că *simulația este o ficțiune juridică*. Dacă sintetizăm corect argumentele neîndoienic substanțiale ale distinsului autor, ele au ca premise, în esență, următoarele: ficțiunea juridică nu poate fi decât opera legiuitorului, or ficțiunile juridice având o altă sursă decât legea, îndeosebi cele jurisprudențiale, sunt de ordinul evidenței aritmetice, tocmai acestea «corectând» reglementări juridice anacronice, insuficiente sau parțial desuete, așa cum vom exemplifica¹⁰; spre deosebire de ficțiunile juridice legale, în cazul simulației este sesizată «minciuna convenită», dorința de a «ascunde adevărul», or noi ne-am constituit ca reper al ficțiunii «realitatea juridică», indiferent de «cauza» ficțiunii, detașându-ne chiar de sensul peiorativ al ficțiunii. Actul public – ca fapt în ordinea juridică – înfățișează o «anume realitate juridică»; actul secret configurează o «altă realitate juridică», contrazicând-o sau deformând-o pe cea «comunicată» terților. În aceste condiții, ficțiunea ni se pare plauzibilă. Cert este că prin simulație se creează o aparență neconformă cu «realitatea» – materială și juridică –, obiectul acordului simulatoriu constituindu-l – citând autorul¹¹ – tocmai „crearea aparenței care acoperă realitatea” [s.n.].

Dacă admitem ideea că ficțiunile juridice nu sunt exclusiv legale, atunci, în ipoteza simulației, deosebirea dintre *ficțiune* și *fictivitate* se estompează.

51.2. *Data actului juridic* poate constitui – și ea – obiect al simulației parțiale, părțile antedatând sau postdatând actul secret. Indiferent însă de vreun acord simulatoriu, pe baza principiului autonomiei de voință și în considerarea dispozițiilor art. 969 C. civ. – „convențiile legal făcute au putere de lege între părțile contractante” – nimic nu împiedică părțile ca, pe față, să stabilească retroactivitatea efectelor convenției sau, cât privește producerea în viitor a acestor efecte, să stabilească o dată ulterioară aceleia în care au încheiat actul. Translarea în timp a efectelor actului juridic nu se realizează pe baza unei autorizări exprese din partea legiui-

¹⁰ A se vedea *infra*, nr. 57.

¹¹ F.L.A. Baías, op. cit., nr. 103.

torului, ci pur și simplu prin acordul părților și pentru că legea nu interzice antedatarea sau postdatarea¹².

52. Elemente specifice. Chiar și numai din aceste două exemple, două concluzii sunt deja admisibile: prin procedeul ficțiunii, părțile nu stabilesc și nu pot stabili reguli de drept de aplicare generală; «regulile» stabilite convențional își produc efectele numai între părțile care le-au convenit, în privința terților opozabilitatea acestora fiind, de regulă, condiționată de publicitatea lor – prima teză nefiind decât expresia relativității convențiilor, iar cea de-a doua teză consecința principiului securității juridice (dar, ca și în cazul simulației, terții se vor putea prevala de o ficțiune a părților, dacă aceasta le este favorabilă).

Tocmai pentru că sunt ficțiuni și tocmai pentru că ele au ca sursă voința individuală sau acordul de voințe individuale, astfel de ficțiuni implică exigențe specifice¹³: ficțiunile create prin dispoziții supletive de voință nu pot contraveni normelor imperative sau de ordine publică și nu pot avea ca scop sau rezultat fraudarea legii¹⁴, dispozițiile art. 5 C. civ. fiind aplicabile – „nu se poate deroga prin convenții sau dispoziții particulare la legile care interesează ordinea publică și bunele moravuri”.

¹² Retroactivitatea convențională este ilicită dacă ea are ca efect violarea normelor de ordine publică (*J. Ghestin, Traité de droit civil. Les effets du contrat, avec le concours de Ch. Jamin, M. Billieu, 2^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1994, nr. 155*).

¹³ *A.-M. Leroyer, Les fictions juridiques, thèse, Université Panthéon-Assas, Paris II, 1995, nr. 140 și urm.*

¹⁴ De exemplu, pe calea unei retroactivități convenționale părțile n-ar putea plasa actul sub imperiul unei legi abrogate, pentru a-i conferi actului validitate, în condițiile considerării lui ca nul de legea în vigoare.

Secțiunea a 2-a

Ficțiuni juridice doctrinare

53. Rosturile ficțiunilor juridice doctrinare. Ficțiunile doctrinare sunt extrem de numeroase și de variate, ele dobândind adeseori forma unor sofisme, în cadrul silogismului științific. Cum prin astfel de ficțiuni nu se creează reguli de drept, ci se încearcă doar fundamentarea, întregirea sau explicarea lor, ele nu prezintă interes decât tot doctrinar sau, cel mult, pot avea forță stimulativă *de lege ferenda*.

54. Ipoteze exemplificative de ficțiuni juridice doctrinare. Unele ficțiuni doctrinare au avut sau încă au un asemenea ecou încât au stat la baza argumentării unor soluții jurisprudențiale sau, pe calea unor interpretări subsecvente, au ajuns să fie considerate reguli de drept.

Iată câteva exemple.

54.1. Ideea continuității persoanei lui *de cuius* de către moștenitorii săi, pentru a explica astfel urmărirea lor *ultra vires successionis* cât privește datoriile și sarcinile din patrimoniul succesoral, dacă n-au renunțat la moștenire sau dacă n-au acceptat-o sub beneficiu de inventar, a fost și parțial încă este una dintre ficțiunile doctrinare cu ample rezonanțe, dar și dintre cele mai controversate¹⁵. Un lucru era cert: patrimoniul lui *de cuius* era – și este –

¹⁵ Ideea a fost atribuită celebrilor civilisti francezi *C. Aubry, C. Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de C. Zachariae, ed. a IV-a, 1869, t. 2, nr. 162 și t. 5, nr. 573*. Mai înainte însă *Domat*, în „*Loix civiles dans leur ordre naturel*”, prin trei dintre articolele lucrării consacrate „*Succesiunilor în general*”, exprima principiul continuării personalității defunctului de către moștenitorii săi (a se vedea articolele în discuție în lucrarea lui *M. Billiau, La transmission des créances et des dettes, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, nr. 116*). Ideea este de inspirație romană, în concepția jurisconsultilor romani făcându-se distincție între moștenitori și succesori în bunuri; primii, reprezentându-l pe defunct, iau locul acestuia, continuându-i persoana (pentru o amplă prezentare a evoluției și involuției ficțiunii continuării personalității lui *de*

dobândit de către succesorii săi «imediat» și «de plin drept», fără să se producă o soluție de continuitate, astfel încât bunurile unei succesiuni deschise nu erau niciodată *res nullius*; transmisiunea a avut și are un caracter universal. Articolul 724 din Codul civil francez – căruia, în parte, îi corespunde art. 653 din legea noastră civilă – împarte succesorii în două categorii: a) Cei care au sezina ereditară, posesia de drept a succesiunii, în baza propriei lor calități, fără a fi necesară o încuviințare prealabilă, precum și posibilitatea de a exercita toate acțiunile defunctului, inclusiv cele posesorii. Ei sunt moștenitori regulați și, în această calitate, considerați ca fiind continuatori ai persoanei defunctului, luând locul acestuia, răspund de datoriile moștenirii nu doar cu emolumentul dobândit, ci chiar cu propriile lor bunuri – *ultra vires successionis*; b) Ceilalți, succesorii neregulați, care n-au sezina și trebuie să ceară trimiterea în posesie, nu răspund pentru pasivul succesoral decât cu emolumentul moștenirii – *intra vires bonorum*. Ar fi așadar succesori ai persoanei, ai defunctului și succesori în bunuri. Altfel zis, ar opera o dublă transmisiune: una fondată pe ideea continuării persoanei lui *de cuius* de către moștenitorii săi; cealaltă prin succesiune în bunuri. Sezina și obligația *ultra vires* au fost astfel legate și explicate prin ficțiunea continuării persoanei defunctului – idee „mistică” și „misterioasă”¹⁶, idee poetică, avându-și izvorul în cultul zeilor domestici¹⁷. Nu este cazul să stăruim.

În mod sigur ideea este inutilă și, prin unele dintre contradicțiile ei, ea este chiar hilară. În cazul unei succesiuni la o parte din patrimoniu sau în cazul mai multor succesibili sezinari, greu de explicat cum fiecare continuă o «porțiune» din persoana defunctului. Obiecțiunile de fond sunt însă cele pertinente și incontestabil

cuius, a se vedea: M. Planiol, G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. IV, Successions, avec le concours de J. Maury, H. Viallenton, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1928, nr. 184 și urm.).

¹⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités, 4^e éd., Éditions Cujas, 1998, nr. 1.

¹⁷ M. Eliescu, Transmisiunea și împărțea moștenirii în dreptul Republicii Socialiste România, Ed. Academiei R.S.R., București, 1966, p. 151.

întemeiate: posesia, ca stare de fapt aptă să ducă la dobândirea proprietății prin uzucapiune, se transmite moștenitorilor la data deschiderii moștenirii, indiferent că sunt sau nu sezinari; este posibil ca un succesor să aibă sezina nu numai fără a dobândi proprietatea, ci chiar și fără a avea stăpânirea materială a bunurilor succesoriale¹⁸; diferențierea între succesori în raport cu sezina este nejustificată, pentru că legatarii universali și cu titlu universal sunt chemați și ei la o universalitate, ca și moștenitorii legali¹⁹; dacă ficțiunea continuării persoanei defunctului se aplică – așa cum uneori s-a preconizat – și în cazul legatarilor universali sau cu titlu universal – este imposibil de spus că ea se întemeiază pe continuarea legăturii matrimoniale dincolo de moarte sau pe comunitatea de sânge²⁰; moralmente, nu se justifică un tratament preferențial în favoarea unor persoane străine, față de rudele și soțul supraviețuitor al defunctului²¹; succesori în bunuri și care nu sunt ținuți decât *intra vires* nu sunt mai puțin sezinari, dar sezina este, în mod excepțional, detașată de ideea continuării persoanei defunctului; în considerarea universalității titlului lor, frecvent legatarii universali sunt de asemenea considerați reprezentanți ai lui *de cuius*²².

54.2. Unele dintre variantele doctrinare «explicative» cu privire la natura persoanei juridice au fost «veritabile» ficțiuni juridice și au avut, într-o anumită perioadă, o largă susținere, inclusiv jurisprudențială.

«Teoria ficțiunii» – chiar așa numită – avea ca axiomă o idee pe cât de simplă, pe atât de contestabilă și neconformă realității: ființa umană constituie, prin natura sa, un subiect de drept; dar este și singurul veritabil subiect de drept. Așa fiind, dacă, totuși, se recunoaște personalitate juridică unui grup, aceasta nu este decât rezultatul unei creații arbitrare și artificiale a legiuitorului, care perso-

¹⁸ D. Chirică, Drept civil. Succesiuni și testamente, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 572.

¹⁹ Fr. Deak, Tratat de drept succesoral, Ed. „Actami”, București, 1999, nr. 300.

²⁰ M. Eliescu, op. cit., p. 117.

²¹ Fr. Deak, op. cit., nr. 300.

²² M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 185.

nifică grupul «ca și cum» ar fi un individ. Mai mult chiar, n-ar fi vorba de o oarecare analogie, ci de asimilarea artificială a grupului cu individul, o asimilare contrară ordinii naturale a lucrurilor²³.

«*Teoria realității concrete*», mai ales în una dintre variantele ei, în varianta «organicismă», pornește de la ideea identității de natură între persoanele fizice și cele morale, ambele fiind „organisme celulare, celulele organismului social îndeplinind același rol în formarea voinței ca și celulele organismului uman – amintindu-ne de metafora antropomorfică a lui Montesquieu pentru a explica teoria separației puterilor în stat –, idee naivă, care, cum malițios s-a spus, conduce la „reverii metafizice asupra sexului persoanei morale”²⁴.

54.3. În legătură cu natura juridică a *promisiunii unilaterale de vânzare sau de cumpărare*²⁵, s-a susținut și se susține, între altele și de altfel întemeiat, că aceasta este un „contract”²⁶, afirmație care conduce la ideea unei ficțiuni. Principiul consensualismului, ce derivă din prevederile art. 971 și ale art. 1295 alin. (1) C. civ., îndeamnă la considerarea ca ficțiune a promisiunii unilaterale de vânzare, pentru că, deși contract, aparent el ia naștere numai prin manifestarea unilaterală de voință a uneia dintre părți. Ficțiunea constă în faptul că se consacră existența unui „antecontract”²⁷, deși numai promitentul și-a exprimat voința²⁸.

²³ Pe larg și pentru observații critice, a se vedea: G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997, nr. 210.

²⁴ *Ibidem*, nr. 213.

²⁵ A se vedea L. Boyer, *Promesse de vente*, în „*Répertoire de droit civil*”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VIII, *passim*.

²⁶ D. Alexandresco, op. cit., vol. VIII, partea a II-a, p. 43, 44.

²⁷ Însuși conceptul de «antecontract», în unele ipoteze de convenții, anume atunci când elementele esențiale ale viitorului contract sunt determinate, în raport cu prevederile art. 1589 din Codul civil francez – promisiunea de vânzare semnifică vânzare, atunci când există consimțământul reciproc al celor două părți asupra lucrului și asupra prețului – a fost considerat fictiv (C. Aubry, C. Rau, op. cit., t. 5, p. 349, nota de sub nr. 7. Totuși, în legătură cu asemenea antecontracte, a se vedea Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil. Les obligations*, 2^e éd., Éditions Cujas, 1990, nr. 353).

²⁸ G. Wicker, op. cit., nr. 136.

54.4. O contribuție substanțială și-a adus doctrina la cristalizarea instituției *cesiunii de contracte*, ca principiu general, în pofida faptului că legea cuprinde numai dispoziții disparate cu privire la unele forme ale cesiunii de contracte²⁹, dar, mai ales, în pofida reticențelor față de această instituție, având ca sursă rezervele cultivate în timp cu privire la cesiunea de datorie. Într-o concepție unitară și, se pare, dominantă, cesiunea de contract are ca obiect contractul însuși sau raportul contractual, nu raportul obligațional, ea fiind o instituție autonomă, distinctă de cesiunea de creanță și de cesiunea de datorie³⁰.

Complexă, deosebit de complexă, la limita insolubilității rămâne problema construcțiilor ficționale – *reguli de drept* – pe cale jurisprudențială.

Realitatea a devansat teoria, dar nu ne putem mulțumi cu această constatare.

²⁹ De exemplu: art. 1418 C. civ., art. 33 din Legea nr. 114/1996.

³⁰ Pe larg, a se vedea: L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, *passim*; Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Bordeaux, 1968, *passim*; Ch. Vilar, *La cession de contrat en droit français*, Montpellier, 1968; A. Rieg, *Cession de contrat*, în „*Répertoire de droit civil*”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. III, nr. 1-59. Pentru o prezentare de sinteză, a se vedea I. Deleanu, *Părțile și terții. Relativitatea și opozabilitatea efectelor juridice*, cit. *supra*, nr. 14.

Capitolul IV

Ficțiuni juridice jurisprudențiale

Secțiunea 1

Construcția judiciară a normei juridice

55. Controverse și ipoteze de abordare. Sub aspectul efectelor pe care le antrenează, ficțiunile – reguli de drept nu se deosebesc esențialmente de regulile de drept nonficionale. Problema crucială a primelor rămâne «sursa» lor. Mai exact, este admisibilă intervenția «creatoare» sau «deformatoare» a instanțelor judecătorești în domeniul statuării unor reguli de drept – ficționale sau nu – de aplicație generală? Aceasta este problema fundamentală!

Doctrina noastră actuală, în termeni mai categorici sau în formulări nuanțate, nu acreditează ideea că jurisprudența este o sursă a dreptului sau un izvor al acestuia¹, ori ea este șovăitoare. Bunăoară: soluțiile interpretative, constante și unitare, invocate uneori ca precedente judiciare și considerate izvoare secundare de drept, nu sunt izvoare de drept, nu pot avea un rol creator, cum nu

¹ În același sens, din doctrina franceză, a se vedea: *Ph. Le Tourneau*, Quasicontrat, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. IX, în special nr. 50; *P. Roubier*, Théorie générale du droit, Sirey, 1946, p. 7, 8; *L. Bach*, Jurisprudence, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VI, nr. 188 și urm.; *D. Delon*, La jurisprudence, sours de droit, thèse, Paris II, 1980. Pentru alte repere, a se vedea *A. Danis-Fatôme*, Appence et contrat, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, nr. 620. A se vedea, de asemenea: *J.-L. Aubert*, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, A. Colin, 8^e éd., 2000, nr. 172, p. 166 și urm.; *J. Carbonnier*, Droit civil, t. I, Introduction, Presses Universitaires de France, 22^e éd., 2002, nr. 142, p. 281.

poate avea un asemenea rol nici practica administrativă²; jurisprudența nu mai este considerată izvor formal al dreptului, dar ea „rămâne determinantă cel puțin ca izvor persuasiv”, iar în unele ramuri „creația jurisprudențială a dreptului este o realitate”³; „în principiu, jurisprudența nu reprezintă izvor al dreptului civil”⁴.

O realitate a rămas mereu aceeași; ea a fost și este incontestabilă: jurisprudența constituie o sursă a regulilor de drept⁵; ea este – cum s-a spus cândva și cum s-ar mai putea spune – o „sursă considerabilă”, o „sursă fundamentală a regulilor de drept” sau – mai copleșitor și mai măgulitor – „jurisprudența⁶ este pentru lege izvorul tinereții”⁷.

Funcția «creatoare» de *norme juridice generale* a jurisprudenței, dobândită și amplificată în timp, a fost inițial contestată, dar ea pare acum unanim acceptată, căutându-i doar explicații rezonabile⁸.

² *N. Popa*, Teoria generală a dreptului, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 186 și urm.

³ *I. Dogaru, D.C. Dănișor, Gh. Dănișor*, Teoria generală a dreptului, Ed. Științifică, București, 1999, nr. 93 și urm.

⁴ *Gh. Beleiu*, Drept civil român, ed. a VIII-a, revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă, Ed. „Universul juridic”, București, 2003, p. 46. În același sens *G. Boroș*, Drept civil. Partea generală, ed. a II-a, Ed. ALL Beck, București, 1999, p. 13, 14 [autorul consideră chiar că dispozițiile art. 329 alin. (3) C. proc. civ. sunt neconstituționale]. Un alt civilist consideră că „discuția legată de unele situații în care jurisprudența poate fi inclusă între izvoarele de drept rămâne deschisă” (*E. Poenaru*, Drept civil. Teoria generală. Persoanele, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 22).

⁵ Pentru un amplu, minuțios și riguros studiu în materie, a se vedea *J. Ghestin, G. Goubeaux*, Traité de droit civil. Introduction générale, 3^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, nr. 383 și urm.

⁶ Asupra sensurilor termenului «jurisprudență», a se vedea: *L. Bach*, Jurisprudence, cit. *supra*, nr. 1-6; *J. Ghestin, G. Goubeaux*, op. cit., nr. 383.

⁷ *H.L. Mazeaud, J. Mazeaud*, Leçons de droit civil, t. I, 1^{er} vol., 4^e éd., par Michel de Juglart, Éditions Montchrestien, 1967, nr. 112.

⁸ Pentru ample repere bibliografice, a se vedea: *J. Ghestin, G. Goubeaux*, op. cit., îndeosebi nr. 421, nota de sub nr. 2; *L. Bach*, op. cit., bibliographie.

Obiecțiunile formulate cândva n-au fost însă complet și ireversibil înlăturate, ci mai degrabă ele au fost diluate sau disimulate⁹. Interesul de a le relua, în condițiile propriei noastre reglementări, rămâne așadar actual.

a) Însăși Constituția consacră acum, *in terminis*, principiul separației puterilor în stat, indicând, alături de puterea executivă, pe cea legislativă și pe cea judecătorească – art. 1 alin. (4) din legea fundamentală. Din perspectiva acestui principiu, este în afară de orice îndoială că nici puterea legislativă nu se poate intruziona în activitatea de judecată – rezolvând litigii determinate, întrerupând sau suspendând cursul judecății, lipsind de eficacitate hotărârile judecătorești –, nici puterea judecătorească nu-și poate asuma prerogative legislative, elaborând norme juridice de aplicație generală, chiar dacă circumstanțele activității de judecată i-ar impune sau justifica elaborarea unor asemenea norme¹⁰. Corelativ principiului separației puterilor în stat, alte câteva dispoziții constituționale întăresc obstacolele mutuale dintre puterea legiuitoare și cea judecătorească: potrivit art. 61 alin. (1) din Constituție, Parlamentul este „*unica* autoritate legiuitoare a țării” [s.n.], adică singura sursă creatoare de legi; în condiții excepționale – și, prin urmare, restrictive – numai Guvernul, pe baza unei «delegări legislative», poate adopta norme în domenii legiferaute sau susceptibile de legiferare, care, sub rezerva îndeplinirii condițiilor constituționale, pot dobândi forța juridică a legii; funcția fundamentală și

⁹ Ni se pare deci expeditivă afirmația că „această discuție teoretică este lipsită de interes” (H.L. Mazeaud, J. Mazeaud, op. cit., nr. 105).

¹⁰ Chiar în condițiile reglementărilor constituționale anterioare, când principiul separației puterilor în stat nu era expres prevăzut, Curtea Constituțională l-a evocat pentru a statua imposibilitatea imixtiunilor mutuale între puterea legislativă și cea judecătorească (Decizia nr. 6/1992, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 48 din 4 martie 1993; Decizia nr. 50/2000, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 277 din 20 iunie 2000; Decizia nr. 3/1993, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 95 din 17 mai 1993; Decizia 27/1993, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 163 din 15 iulie 1993).

exclusivă a instanțelor judecătorești este aceea de a «înfăptui justiția», adică de a rezolva litigiile ce-i sunt alocate.

b) Articolul 4 C. civ. interzice judecătorului de a se pronunța, în cuprinsul hotărârilor adoptate, „pe cale de dispoziții generale și reglementare, asupra cauzelor ce-i sunt supuse”¹¹. Așadar, pe de o parte, în considerentele hotărârii sau în dispozitivul acesteia, instanța nu poate formula „dispoziții generale”, norme juridice de aplicație generală, iar pe de alta, chiar dacă unele motive în drept ar avea «aparența» unor dispoziții generale, ele sunt circumscrise „cauzei supuse” judecății. Și din acest motiv, art. 1351 din Codul civil francez – căruia îi corespunde art. 1201 din legea noastră civilă – cu privire la autoritatea relativă a lucrului judecat, a fost considerat un corolar al principiului prevăzut de art. 5 din Codul civil francez¹², respectiv de art. 4 din legea noastră civilă.

c) Articolul 124 alin. (3) din Constituție proclamă independența judecătorilor și faptul că ei se supun numai legii. În context, „independența” implică și prerogativa judecătorilor de a interpreta ei înșiși legea și de a o aplica așa cum apreciază la circumstanțele cauzei, iar „legea” despre care se face vorbire în textul constitu-

¹¹ Textul fiind identic cu cel al art. 5 din Codul civil francez, prezintă interes unele dintre concluziile doctrinei franceze (pentru o sinteză și cu un amplu aparat bibliografic, a se vedea M.A. Frison-Roche, Application de la loi par le juge, în „Éditions du Juris-Classeur”, 1995, art. 5). Interpretarea corelată a dispozițiilor art. 5 și ale art. 4 – cu privire la sancțiunea pentru denegare de dreptate – implică și justifică ideea că judecătorul are obligația de a-și crea „normele juridice individuale” necesare pentru soluționarea litigiului cu care a fost investit, dar el nu poate crea „norme juridice generale” (nr. 13); „normele individuale” create de judecător își produc efectele numai față de „părțile din litigiu”, corespunzător de altfel și „principiului relativității lucrului judecat” (nr. 15).

¹² J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., nr. 434. Curtea de Casație franceză în repetate rânduri a constatat violarea dispozițiilor art. 5 din Codul civil (a se vedea L. Bach, op. cit., nr. 163). N-a respectat însă aceste dispoziții ea însăși, procedând la consacrarea unor adagii ca reguli de drept, fără să se sprijine pe vreun text de lege. De exemplu: *actio de in rem verso; quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt excipiendum; contra non valentem agere, non currit praescriptio* (ibidem, nr. 175).

țional nu poate avea un alt sens decât acela de act normativ, cuprinzând reguli generale și de aplicație repetată, emanând de la autoritatea legiuitoare și adoptată în cadrul unei proceduri specifice; în orice caz, nu „norma generală” configurată jurisprudențial. Singura aparentă abatere de la principiul independenței, așa cum a fost înțeles, ar putea-o constitui prevederile art. 315 alin. (1) C. proc. civ., potrivit cărora hotărârile instanței de recurs „asupra problemelor de drept dezlegate” sunt obligatorii pentru judecătorii fondului. Câteva observații sunt însă inevitabile: ca dispoziții de excepție, ele nu pot fi extrapolate și nici nu înlătură principiul independenței, ci chiar îl confirmă; textul are în vedere tranșarea – „dezlegarea” – unei chestiuni litigioase accesorii fondului sau premergătoare abordării lui, nu impunerea unei norme de drept generale, eventual elaborate de instanța de recurs; în fine, chiar dacă am admite că, implicit sau explicit, instanța de recurs, „dezlegând”, rezolvând deci problema de drept, a configurat și o regulă de drept, pentru judecătorii fondului obligatorie rămâne „dezlegarea”, nu regula pe care ea se sprijină, iar eficacitatea acelei eventuale reguli este dintr-un început restrânsă la judecarea fondului într-un litigiu determinat.

d) Din cuprinsul art. 1201 C. civ. rezultă cu evidență că autoritatea lucrului judecat este «relativă». Așa fiind, dacă o hotărâre judecătorească ar cuprinde și o regulă de drept, oricum, ea n-ar putea fi decât o regulă individuală, aplicabilă acelui litigiu și între subiecte de drept determinate. Principiul relativității vizează de altfel toate actele juridice, convenționale sau jurisdicționale. Dacă, în condițiile legii, actul jurisdicțional este opozabil terților – consecință a faptului că în ordinea juridică a apărut un nou element – opozabilitatea privește drepturile sau interesele juridice alocate, nu eventualele norme sau principii la care s-a atașat instanța ori pe care, în circumstanțele cauzei, a trebuit să le creeze¹³.

¹³ Mai pe larg cu privire la opozabilitate și îndeosebi distincția între aceasta și „autoritatea absolută a lucrului judecat”, a se vedea, împreună cu aparatul doctrinar I. Deleanu, Părțile și terții. Relativitatea și opozabilitatea efectelor juridice, Ed. „Rosetti”, București, 2002, nr. 67.

e) Vulnerabilitatea hotărârii, posibilă ei infirmare poate rezulta și din faptul că „instanța a depășit atribuțiile puterii judecătorești” – art. 304 pct. 4 C. proc. civ. Este ceea ce, tradițional, s-a numit «exces de putere». Mai exact, ar fi vorba de trecerea abuzivă a «barierelor» între funcțiile ce revin autorităților publice, partajate la nivelul sistemului etatic, și el este un exces față de limitele fixate prin norme constituționale; adică, în sensul și a ceea ce preciza în perioada interbelică Înalta Curte de Casație, „excesul de putere caracterizat” sau „excesul de putere constituțională”. Pe scurt, încălcarea de către judecători a principiului separației puterilor în stat, imixtiunea lor în atribuțiile puterii legislative.

f) În fine, este illogică, dacă nu chiar bizară contopirea în una și aceeași autoritate – instanța judecătorească – a prerogativei de a «crea» norma juridică aplicabilă într-un litigiu determinat și «aplicarea» însăși a acestei norme. Voluntarismul instanței și, pe cale de consecință, nonneutralitatea ei ar putea fi eventual imputate acesteia.

Unele repere normative, chiar de natură constituțională, ar putea fi totuși constituite pentru un demers favorabil ideii de construcție jurisdicțională a normelor de drept generale. Cum vom încerca însă să demonstrăm, transformarea acestor repere în premise majore ale unui alt model de silogism, care ar avea ca și concluzie admisibilitatea construcției jurisdicționale a normelor de drept generale, este greu de acceptat.

A. Înalta Curte de Casație și Justiție¹⁴ „asigură – cum precizează art. 126 alin. (3) din Constituție – interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești, potrivit competenței sale”¹⁵. Credem că aceste dispoziții implică două

¹⁴ „Dispozițiile cu privire la Înalta Curte de Casație și Justiție vor fi aduse la îndeplinire în cel mult 2 ani de la data intrării în vigoare a legii de revizuire” – art. 155 alin. (4) din Constituție.

¹⁵ O concluzie excesivă, în opinia noastră, a fost dedusă din aceste prevederi: „determinând o interpretare și o aplicare unitară a legii de către toate celelalte instanțe judecătorești”, se «subînțelege» că „deciziile de interpretare (...) se vor publica în Monitorul Oficial al României și vor avea caracter obligatoriu pentru celelalte instanțe judecătorești” – s.n.

planuri de abordare, dar pe suprafața nici unuia dintre acestea nu poate fi conturată irepresibil concluzia că, pentru a-și îndeplini acest rol, Curtea de Casație poate ea însăși să elaboreze norme de drept de aplicație generală – fie și numai cât privește instanțele judecătorești – sau că deciziile ei date în scopul interpretării și aplicării unitare a legii – deciziile în interesul legii – sunt «obligatorii» pentru instanțe.

a) Pe primul plan, ar fi vorba de soluțiile pronunțate de către instanța supremă în cauzele ce îi sunt date în competență. Firește că, pentru rezolvarea cauzei, instanța trebuie să «interpreteze» legea. «Interpretarea» evocă ineluctabil ideea de «traducere», de «descifrare» a sensului și cuprinderii normei juridice incidente. Până aici, nimic «creator». Interpretarea implică însă și un «act de voință», o alegere între diversele variante conclusive la care conduce interpretarea. Nici de această dată însă instanța nu «creează» norma, ci pur și simplu o aplică. S-ar putea însă spune că, atunci când textul de lege este obscur, enigmatic, îndoielnic, insuficient determinat sau contradictoriu, «actul de voință» al instanței semnifică mai mult decât simplă «interpretare», «limpezind» norma, determinând-o, complinindu-i lacunele, înlăturându-i contradicțiile, limitându-i sau, dimpotrivă, extinzându-i aplicarea, într-un cuvânt cristalizând-o. Dar nici în asemenea situații, instanța nu «creează» norma, ea «existând» deja; și o invocă – în înțelesul pe care ea i-l atribuie – *nu ca normă general obligatorie*, ci ca *normă aplicabilă acelor circumstanțe*, «concrete», și acelor părți din litigiu, subiecte «determinate».

Mai complexă s-a dovedit problema din perspectiva fostelor dispoziții ale art. 31 din Legea nr. 56/1993, republicată, cu privire la posibilitatea schimbării jurisprudenței în Secțiile Unite ale Curții Supreme de Justiție¹⁶, întrucât astfel, pe de o parte, se pronunța o

(M. Constantinescu, I. Muraru, A. Iorgovan, Revizuirea Constituției României. Explicații și comentarii, Ed. „Rosetti”, București, 2003, p. 105).

¹⁶ A se vedea și Decizia Curții Constituționale nr. 528/1997, prin care s-a respins excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 25 lit. d) și ale art. 31 din Legea Curții Supreme de Justiție nr. 56/1993 („Monitorul

soluție în drept, într-un litigiu determinat, care a fost întrerupt tocmai pentru obținerea soluției de la o altă instanță, ierarhic superioară aceleia care soluționează litigiul; iar pe de alta, se pronunța o soluție în drept cu valoare de principiu pentru jurisprudența respectivei secții a Curții Supreme de Justiție. Sub primul aspect, procedura prevăzută de art. 31 putea fi examinată «asemănător» unei «chestiuni prejudiciale», care, de altfel, se rezolvă cu participarea părților, dar, totodată, și a judecătorilor secției care sesizează Secțiile Unite. Sub cel de-al doilea aspect, prin soluția de principiu nu se «creează» o normă de drept, ci numai se confirmă sau, după caz, se reconsideră *interpretarea* unei norme în vigoare, astfel încât să existe un reper pentru aplicarea unitară a legii.

Datele esențiale ale problemei nu s-au schimbat în ambianța noilor reglementări, art. 24 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară¹⁷ arătând că: „Dacă o secție a Înaltei Curți de Casație și Justiție consideră că este necesar să revină asupra propriei jurisprudențe, întrerupe judecata și sesizează Secțiile Unite ale Înaltei Curți de Casație și Justiție, care judecă cu citarea părților din dosarul a cărui judecată a fost întreruptă. După ce Secțiile Unite s-au pronunțat asupra sesizării privind schimbarea jurisprudenței, judecata continuă.”

Oficial al României”, nr. 90 din 26 februarie 1998). Considerentele deciziei nu ni se par pertinente în raport cu obiectul excepției de neconstituționalitate și motivarea acesteia: numai legea este izvor de drept; judecătorii sunt independenți și se supun numai legii. În considerentele deciziei accentul se pune pe *scopul* acestei proceduri – asigurarea caracterului unitar al practicii –, nu pe *mijlocul* întrebuitat pentru atingerea lui. Singura propoziție la obiect din cuprinsul deciziei pune în relație categorii cu totul distincte, fără semnificație pentru modul de rezolvare a excepției: „numai legea *este izvor de drept*”, dar aceasta nu înseamnă că „jurisprudența nu are un rol important în *aplicarea legii* de către instanțe” [s.n.].

¹⁷ „Monitorul Oficial al României”, nr. 576 din 29 iunie 2004. Legea nr. 304/2004 a fost modificată și completată prin Legea nr. 71/2005 („Monitorul Oficial al României”, nr. 300 din 11 aprilie 2005) și, mai recent, prin Legea nr. 247/2005 („Monitorul Oficial al României”, nr. 653 din 22 iulie 2005). Urmarea acestei ultime modificări Legea nr. 304/2004 a fost republicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 827 din 13 septembrie 2005.

În aceste condiții, în litigiul care a provocat sesizarea Secțiilor Unite, decizia acestora are «autoritate de lucru judecat» cât privește «chestiunea prejudicială» rezolvată; pentru alte litigii similare, decizia Secțiilor Unite are numai o «autoritate de fapt». În orice caz, ea nu este izvor de drept și nici un text de lege nu-i atribuie deciziei obligativitate generală.

Este posibil și chiar de dorit – conform funcției ce i-a fost atribuită Înaltei Curți de Casație și Justiție – ca, în situații similare, soluțiile să fie pronunțate în același sens. Promovând o practică judiciară unitară, coerentă, constantă, corectă și convingătoare, deciziile sale vor fi constituite ca reper de către celelalte instanțe, nu pentru că ele ar cuprinde *norme general obligatorii*, ci pentru a preveni casarea propriilor hotărâri. Cu alte cuvinte, rectitudinea juridică a jurisprudenței nu creează norme, ci le consolidează pe cele existente, interpretate și aplicate la diversele situații concrete, similare însă în esență¹⁸.

Într-un sens mai general vorbind, trebuie categoric să se facă distincție între «*interpretarea cazuistică*» a normelor juridice – specifică și inherentă activității de judecată – și «*interpretarea general obligatorie*» – specifică activității legiuitoare și exclusiv rezervată acestuia – interpretare autentică și obligatorie pentru toate subiectele de drept¹⁹.

b) Pe un al doilea plan, ar putea fi vorba de deciziile pronunțate în *interesul legii*, în condițiile prevăzute de art. 329 C. proc. civ. și

¹⁸ Chiar dacă ar fi să se recunoască autoritatea precedentelor judiciare (*binding precedent, stare decisis*), în opinia noastră jurisprudența tot n-ar deveni o sursă a regulilor de drept, căci ceea ce se preia este o «soluție» anterioară, nu o «normă» judiciar elaborată. De altminteri, regulile precedentului judiciar, bunăoară în Anglia și în S.U.A., sunt riguros precizate și, în federația americană, principiul *stare decisis* este aplicat cu mare suplețe (a se vedea *R. David, Les grands systèmes de droit contemporains*, 7^e éd., 1978, nr. 336 și urm., respectiv nr. 402 și urm.). Altfel, ușor ne putem imagina o cascadă a ineptiilor judiciare, prin preluarea orbește a precedentului unei oarecare instanțe.

¹⁹ Mai pe larg, a se vedea *I. Deleanu, Tratat de procedură civilă*, ed. a IV-a, vol. II, Ed. „Servo-Sat”, Arad, 2004, nr. 123 și urm.

de art. 414² C. proc. pen. Nici pe această cale nu se poate însă admite ideea creării unor norme general obligatorii de către instanța supremă. Printr-o decizie pronunțată într-un recurs în «*interesul legii*» – al legii în vigoare – instanța optează pentru o anumită soluție în drept dintre cele oferite de instanțele judecătorești, pentru a tranșa astfel contrarietatea în una și aceeași chestiune de drept. Este un recurs «doctrinar», «academic», o cale de opțiune la cel mai înalt nivel judiciar. Decizia se pronunță „într-o chestiune de drept” pentru a se „asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii *pe întreg teritoriul României*” [s.n.]²⁰. Este limpede, prin *obiectul recursului* – „chestiune de drept” – și prin *scopul* lui – „interpretarea și aplicarea unitară a legii” – că orice contribuție creatoare a instanței supreme la elaborarea unor norme juridice este dintr-un început și categoric exclusă. Inutilă orice altă discuție. Astfel de decizii sunt manifestări de exercițiu doctrinar, care nu au și nu pot avea nici un fel de efecte juridice, putând doar constitui un reper, alături de altele, pentru autoritățile care ameliorează reglementările legislative, le interpretează și le aplică²¹. Aprofundarea acestei probleme este însă necesară.

²⁰ Această din urmă sintagmă, din cuprinsul art. 329 C. proc. civ., considerăm că este improprie: deciziile nu-și pot produce efectele în raport cu «*teritoriul*», ci cu «*subiectele*» de drept; deciziile unei instanțe – chiar supreme – nu pot produce efecte *erga omnes*, adică față de toate subiectele care interpretează și aplică legea. Semnificativă și sugestivă este însă, în raport cu vechea reglementare, înlăturarea precizării că dezlegarea dată „este obligatorie pentru instanțe”. Dispozițiile art. 414² alin. (1) C. proc. pen. nu diferă esențial, arătând că recursul în *interesul legii* se exercită „pentru a asigura interpretarea și aplicarea unitară a legilor penale și de procedură penală *pe întreg teritoriul țării*” [s.n.]. Ele mai adaugă însă că deciziile „*sunt obligatorii*”. Această precizare este anacronică și bulversantă în raport cu reglementarea din legea de procedură civilă.

²¹ Pot fi sugestive în context și reglementările cuprinse la art. 1031-1 și urm. din Noul Cod de procedură civilă francez cu privire la sesizarea Curții de Casație pentru un aviz într-o chestiune de drept pe care o are spre rezolvare o instanță (pe larg, a se vedea *L. Cadiet, Droit judiciaire privé*, 3^e éd., Litec, 2000, nr. 645, împreună cu bibliografia). Ar fi vorba

Anterior modificării art. 329 C. proc. civ., când alin. (3) *in fine* al acestui articol preciza că „dezlegarea dată problemelor de drept judecate este obligatorie pentru instanțe”, opiniile doctrinare asupra naturii deciziilor pronunțate în interesul legii erau mai degrabă reținute decât tranșante, zicându-se bunăoară: „se apropie de actele normative, fiindcă au un caracter general abstract și un caracter de obligativitate”; dar, pentru a asigura aplicarea corectă și unitară a legilor de către toate instanțele, „instanța supremă ar trebui să se mărginească la interpretarea legii, iar nu să o modifice brutal, astfel cum a procedat prin Decizia nr. II/1995 (...)”²²; deciziile sunt un „izvor de drept secundar”²³; art. 329 alin. (3) C. proc. civ. stabilește numai forța interpretării judecătorești pe care Curtea Supremă o dă unor texte de lege, scopul căii de atac nefiind acela de a crea norme de drept²⁴. S-a exprimat însă și opinia că dispozițiile art. 329 alin. (3) C. proc. civ., sub aspectul exa-

de o „chestiune prejudicială *specială*”, invocată de o instanță, într-o problemă nouă de drept, prezentând o dificultate serioasă și apărută în numeroase litigii. Sesizarea Curții de Casație se află la discreția judecătorilor fondului. Avizul este transmis instanței care l-a cerut. El nu obligă instanța care l-a solicitat, nici, *a fortiori*, alte instanțe, deși se poate publica în „Jurnalul Oficial”. Această aparentă «chestiune prejudicială» nu dă naștere unui proces în cadrul altui proces și nu se integrează în mecanismul autorității lucrului judecat. Avizul Curții de Casație „nu dispune decât de o autoritate de tip doctrinar” (*M.-A. Frison-Roche, Application de la loi par le juge, cit. supra, nr. 54*).

²² V.M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. II, Ed. „Național”, București, 1997, p. 461. Autorul reamintește că încercarea făcută în 1925 de a imprima caracter obligatoriu deciziilor Curții de Casație în interesul legii, nu a fost însoțită de Adunarea Deputaților, întrucât, în modul propus, s-ar fi produs „o flagrantă violare a Constituției”, înalta instanță urmând a face „oficiu de legiuitor”.

²³ G. Boroș, D. Rădescu, *Codul de procedură civilă, comentat și annotat*, Ed. ALL, București, 1994, p. 595.

²⁴ C. Doldur, Dispozițiile art. 329 alin. 3 fraza finală din Codul de procedură civilă, astfel cum au fost modificate prin Legea nr. 59/1993, sunt constituționale?, II, în „Dreptul”, nr. 7/1994, p. 14-16.

minat, erau neconstituționale, instanța supremă manifestându-se ca sursă a unor izvoare directe, principale de drept²⁵.

Curtea Constituțională, având a se pronunța asupra acestei probleme, pare să se fi atașat ideii că art. 329 C. proc. civ. a instituit numai „obligativitatea interpretării”, „neputându-se considera că deciziile pronunțate în asemenea recursuri ar reprezenta o atribuție care vizează domeniul legiferării”; „soluțiile interpretative date în recursul în interesul legii, denumite *dezlegări în drept*, nu pot fi considerate izvor de drept, în sensul obișnuit al acestui concept”²⁶.

Din cele arătate, două concluzii rezultă cu evidență și ele pot fi readuse în actualitate: deciziile instanței supreme pronunțate într-un recurs în interesul legii nu sunt izvor de drept, „principal” sau „în sensul obișnuit” al acestui concept²⁷; având a alege între soluții diferite, instanța supremă optează pentru o anume «interpretare» a legii. Dar «interpretarea» este cu totul străină de un demers legislativ, *extra legem* sau *contra legem*. Altfel, ar trebui să admitem, la limita absurdului, că toate instanțele, «interpretând» legea o și elaborează sau reelaborează. Fixarea acestor limite ale interpretării poate fi făcută și dintr-o altă perspectivă: dacă soluțiile instanței supreme – cum precizează art. 329 C. proc. civ. – se pronunță „în interesul legii”, rezultă logic că decizia instanței supreme nu poate fi dată *contra legem* sau *extra legem*, adică potrivit cu „interesul legii”.

Așadar, admitând, ca ipoteză de discuție, că numai «interpretarea» instanței supreme era obligatorie, iar «interpretarea», prin definiție, nu este creatoare de normă juridică, putem conchide că, nici în condițiile reglementărilor anterioare, construcția judiciară a normei juridice nu era admisibilă.

²⁵ C. Ungureanu, sub același titlu ca și articolul lui C. Doldur, I, în „Dreptul”, nr. 7/1994, p. 10-14.

²⁶ Decizia nr. 93/2000, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 444 din 8 septembrie 2000, făcând trimitere și la Decizia nr. 528/1997, care privea reexaminarea practicii Curții Supreme de Justiție.

²⁷ Aceste precizări, făcute în contextul unora dintre opiniile înfățișate, ni se par de prisos; problema care stăruie este aceea de a ști dacă sunt sau nu izvoare de drept.

Semnificativ și sugestiv este faptul că, în raport cu vechea reglementare, urmare a adoptării O.U.G. nr. 138/2000 pentru modificarea și completarea Codului de procedură civilă²⁸, s-a înlăturat precizarea că dezlegarea dată prin decizia pronunțată într-un recurs în interesul legii „este obligatorie pentru instanțe”. Doctrina a remarcat pozitiv această „reconsiderare radicală”, arătând că deciziile instanței supreme „trebuie să se impună prin forța argumentelor, iar nu prin forța autorității”²⁹.

Totuși, într-o opinie, s-a considerat că „soluția anterioară s-ar fi cuvenit a fi păstrată”, întrucât, deși „legiuitorul poate institui și excepții de la unele reguli sau principii”, nu e vorba de o „veritabilă excepție” de la principiul independenței judecătorului și al supunerii lui numai față de lege, „căci el se conformează doar unei *interpretări normative*” [s.n.] și care „trebuie prezumată a fi corectă”; în fine, o astfel de excepție este făcută și prin dispozițiile art. 315 alin. (1) C. proc. civ., în privința hotărârilor date de instanțe de recurs după casare³⁰. În marginea opiniei reputatului procedurist, ne îngăduim câteva observații. Sintagma „interpretare normativă” evocă o contradicție în termeni: „interpretarea” unei norme juridice nu poate fi creatoare de altă normă, nu poate să semnifice „normativitate”; interpretarea, prin definiție, se circumscrie normei interpretate. Oricum, presupusa vocație normativă a deciziei instanței supreme s-ar afla în vădită contradicție cu dispozițiile art. 4 C. civ., dar mai ales cu cele ale art. 1 alin. (4) și ale art. 61 din Constituție. Dacă interpretarea „trebuie prezumată a fi corectă”, atunci din două una: considerând că prezumția este

²⁸ Ordonanța a fost publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 479 din 2 octombrie 2000.

²⁹ V.M. Ciobanu, G. Boroș, M. Nicolae, Modificările aduse Codului de procedură civilă prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 138/2000, II, în „Dreptul”, nr. 2/2001, p. 5.

³⁰ I. Leș, Comentariile Codului de procedură civilă, vol. II, Ed. ALL Beck, București, 2001, p. 185. Acest din urmă argument se află și în Decizia Curții Constituționale nr. 93/2000, menționată deja. Considerăm însă, cum vom arăta în cele ce urmează, că nu este un argument pertinent.

irefragabilă, evocând infailibilitatea instanței supreme, contrar de altfel realității³¹, înlăturarea legislativă a caracterului obligatoriu al acestor decizii rămâne lipsită de sens; considerând, dimpotrivă, că prezumția este relativă, înseamnă că deciziile sunt „obligatorii” cât timp instanțele nu le contrazic și, contrazicându-le, astfel le repudiază caracterul obligatoriu. Este adevărat că legiuitorul poate crea excepții, dar el a făcut-o, la nivel constituțional, prin dispozițiile art. 115 din legea fundamentală, numai și numai cât privește delegarea legislativă, iar excepțiile, cum se știe, sunt de strictă interpretare. În fine, o oarecare asemănare între situația prevăzută de art. 315 alin. (1) C. proc. civ. și cea prevăzută de art. 329 alin. (1) C. proc. civ. poate fi făcută: obiectul ambelor categorii de decizii este același – „probleme de drept”, respectiv „chestiuni de drept”. Totuși, în prima situație este vorba de o „problemă de drept” într-un litigiu determinat, dezlegată în cadrul controlului judiciar; în cea de-a doua situație este vorba de o „chestiune de drept” rezolvată contradictoriu în practica instanțelor judecătorești³². Din această constatare derivă și scopul diferit al deciziilor pronunțate în

³¹ A se vedea, bunăoară: Decizia nr. VIII/2000 cu privire la competența de soluționare a cererilor având ca obiect partajarea bunurilor comune dobândite de soți în timpul căsătoriei („Monitorul Oficial al României”, nr. 84 din 19 februarie 2001, împreună cu nota critică semnată de V.M. Ciobanu, G. Boroș, M. Nicolae, în „Dreptul”, nr. 5/2001, p. 220 și urm.); Decizia nr. VI/2001 asupra naturii juridice a acțiunii în anularea hotărârii arbitrale („Monitorul Oficial al României”, nr. 675 din 25 octombrie 2001, împreună cu studiul și adnotarea semnate de V.M. Ciobanu, Din nou despre natura juridică a acțiunii în anularea hotărârii arbitrale, în „Dreptul”, nr. 1/2002, p. 76 și urm. și de I. Deleanu, notă, în „Pandectele Române”, nr. 2/2002, p. 35 și urm.).

³² Rămâne deci discutabilă afirmația, reluată în toate încercările argumentative, că „ne aflăm în planul relațiilor ce se stabilesc între instanțele judecătorești de nivel inferior și instanța supremă care soluționează o cale extraordinară de atac” (C. Doldur, op. cit., p. 14). Instanța nu soluționează recursul în interesul legii în cadrul sistemului de «control judiciar», având la bază subordonarea funcțională a instanțelor judecătorești; recursul în interesul legii nu este o «cale de atac».

cele două categorii de recursuri: tranșarea irevocabilă a uneia dintre componentele litigiului, în cazul prevăzut de art. 315 alin. (1) C. proc. civ.³³; orientarea instanțelor spre o anume interpretare, în cazul prevăzut de art. 329 C. proc. civ., care vizează de fapt un pseudorekurs³⁴.

Problema în discuție rămâne totuși complicată, dacă avem în vedere și dispozițiile art. 414² alineatul ultim C. proc. pen., în forma dobândită prin adoptarea O.U.G. nr. 66/2003³⁵, dispoziții potrivit cărora deciziile pronunțate pentru soluționarea recursului în interesul legii „sunt obligatorii”. Și întrucât nu se face nici o altă precizare, rezultă că ele sunt obligatorii nu numai pentru instanțele judecătorești, ci și pentru alte autorități sau subiecte de drept, conform cu scopul proclamat: „pentru a asigura interpretarea și aplicarea unitară a legilor penale și de procedură penală pe întreg teritoriul țării”.

Mai întâi, surprinde faptul că același legiuitor și în legătură cu natura juridică a aceluiasi gen de decizii s-a oprit la soluții esențiale diferite, în materie procesual penală și, respectiv, în materie

³³ «Excepția» nu este de altfel izolată. Într-un litigiu determinat și în cursul activității de judecată pot interveni hotărâri *obligatorii* ale altor instanțe (de exemplu, regulatorul de competență, rezolvarea unei chestiuni prejudiciale) sau trebuie să se țină seama de o hotărâre anterioară (autoritatea lucrului judecat). Sunt însă incidente specifice unei *activități de judecată*, care nu pot fi însă extrapolate sau convertite în argumente în sprijinul obligativității unei decizii în interesul legii.

³⁴ În ce ne privește, argumentului de drept comparat oferit de *I. Leș* (op. cit., p. 185), prin precizarea conținutului art. 493 din Legea procesuală civilă spaniolă, i-am atribui un alt sens: din moment ce prin sentința pronunțată într-un recurs în interesul legii „se fixează *doctrina jurisprudențială*”, nu poate fi vorba de o activitate normativă.

³⁵ Nota redacției revistei „Dreptul”, la finele celor două articole semnate de *C. Ungureanu* și *C. Doldur* în nr. 7/1994, este și acum actuală: „(...) Este vădit inadmisibilă reglementarea esențial diferită, sub aspectul examinat, a aceleiași căi de atac (recursul în interesul legii) în Codul de procedură civilă și, respectiv, în Codul de procedură penală (...)”.

procesual civilă³⁶. Contradicția provocată legislativ buimăcește. Să încercăm totuși o explicație, subordonată desigur temei acestui studiu.

Dacă, împrumutând un argument din Decizia Curții Constituționale nr. 93/2000 și din una dintre opiniile doctrinei, numai «interpretarea» instanței supreme este obligatorie și dacă interpretarea poate opera numai în limitele legii, niciodată *extra legem* sau *contra legem*, atunci este limpede că deciziile instanței nu sunt ele însele izvoare de drept, respectându-se principiul separației puterilor și principiul exclusivismului autorității legiuitoare.

Totuși, stăruie problema «obligativității» acestor decizii pentru instanțe și alte autorități publice sau subiecte de drept. Sub acest aspect, dispozițiile art. 414² alineatul ultim C. proc. pen. contravin evident principiului separației puterilor în stat, consacrat de art. 1 alin. (4) din Constituție, și principiului independenței judecătorilor și al supunerii lor numai față de lege, consacrat de art. 124 alin. (3) din Constituție. Suficient să spunem că, în măsura în care decizia instanței supreme este „obligatorie” pentru toți judecătorii și pentru toate instanțele, în litigiile similare celor evocate în decizie, judecata va fi de la început amputată, chestiunea de drept fiind *a priori* tranșată printr-o soluție de principiu, transformată în dogmă. Ideea de integralitate a componentelor judecății și ideea de suveranitate a judecătorilor în interpretarea și aplicarea legii ar fi astfel iremediabil compromise.

De altfel, este de observat că prin nici o dispoziție legală nu se sancționează nerespectarea „obligativității” deciziei instanței supreme, pronunțată în interesul legii. Numai pe cale de interpretare s-ar putea eventual face aplicarea art. 304 pct. 9 C. proc. civ. sau, după caz, a art. 385⁹ pct. 17¹ C. proc. pen., care constituie ca motiv de casare a hotărârii în recurs faptul că aceasta este contrară legii ori prin hotărârea instanței s-a făcut o greșită aplicare a legii. Dar

³⁶ Ordonanța de urgență nr. 66/2003 pentru modificarea unor dispoziții din Codul de procedură penală a fost publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 502 din 11 iulie 2003. Ea a fost aprobată prin Legea nr. 359/2003, publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 635 din 5 septembrie 2003.

procedându-se astfel, însăși interpretarea instanței supreme va fi implicit pusă în discuție, ea putând fi eventual invocată doar ca un «argument» în sprijinul motivului «legal» de casare. În orice caz, ea însăși nu constituie un asemenea motiv.

În aceste condiții, considerăm că, dacă se va reveni în sensul introducerii obligativității și a deciziilor în interesul legii pronunțate în materie procesual civilă, aceasta n-ar face decât să multiplice problemele de neconstituționalitate. Și nici un text constituțional, dar absolut nici unul, n-ar putea fi invocat convingător în sprijinul soluției obligativității acestor decizii, mai ales pentru toate subiectele de drept „de pe întreg teritoriul țării”.

Și, totuși, prin Legea nr. 219/2005 pentru aprobarea O.U.G. nr. 138/2000 s-a revenit cu nonșalanță la reglementarea anterioară: iarăși, pentru a se asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii „pe întreg teritoriul României”; iarăși, dezlegarea dată problemelor de drept judecate „este obligatorie pentru instanțe” [art. 329 alin. (1) și alin. (3) C. proc. civ.]. O oarecare stare de perplexitate este resimțită.

c) Articolul 3 C. civ. pare a acorda judecătorilor puterea de a crea norme juridice generale: „Judecătorul care va refuza de a judeca, sub cuvânt că legea nu prevede, sau că este întunecată sau neîndestulătoare, va putea fi urmărit ca culpabil de denegare de dreptate”. Semnifică oare aceasta o «dezlegare» pentru o activitate judiciară normativă?³⁷ Credem că răspunsul nu poate fi decât negativ: pentru ca instanța să ajungă la concluzia că legea este obscură sau incompletă, ea trebuie să o «interpreteze» – o lege clară și precisă nu trebuie interpretată, ci pur și simplu aplicată –, dar «interpretarea» legii nu înseamnă «formularea» ei, ci, după

³⁷ S-a considerat, în afara oricărei norme justificative, că, atunci când instanța complinește lacunele legislative „voluntare” sau *intra legem*, se poate presupune intenția legiuitorului de a conferi instanțelor un gen de „delegare de putere” (*L. Bach*, op. cit., nr. 125). Dar „delegarea legislativă”, semnificând abandonarea prerogativelor legiuitoare, nu poate fi prezumată; ea trebuie să fie expresă și riguros determinată. Or, nici o normă a dreptului nu acreditează ideea „delegării legislative” în favoarea instanței, singura excepție constituind-o delegarea în favoarea Guvernului.

caz, clarificarea, adaptarea, nuanțarea sau extrapolarea dispozițiilor ei, pentru a o face aplicabilă la circumstanțele cauzei; dacă instanța constată că legea nu prevede, ea își va procura norma – făcând bunăoară analogia, chiar a principiilor de drept dacă este nevoie, asimilarea, invocând o maximă sau un adagiu etc. – dar astfel nu va putea totuși ignora interdicția ce-i este stabilită prin dispozițiile art. 4 C. civ. – de a nu se pronunța pe cale de dispoziții generale și reglementare³⁸ – nici interdicția pe care o evocă sancțiunea pentru exces de putere. „Norma” pe care o va invoca instanța pentru a tranșa litigiul este una „individuală”, aplicabilă acelui litigiu și producându-și efectele *inter partes*. În acest sens s-a spus că efectul relativ al lucrului judecat este un corolar al principiului prevăzut de art. 4 C. civ.³⁹

Și totuși, cum vom arăta în cele ce urmează, într-un fel sau altul, instanțele judecătorești își aduc contribuția la perfecționarea operei legislative⁴⁰.

56. Forme de intervenție a instanțelor judecătorești. Acestea ar putea fi considerate următoarele: *instanța precizează termenii legii și îi complinește lacunele* (56.1.); *ea asigură coerența ordinii juridice, eliminând antinomiile* (56.2.); *adaptează dreptul la evoluția faptelor* (56.3.)⁴¹.

56.1. Instanța alege între diverse definiții posibile ale noțiunilor juridice întrebuintate de legiuitor sau determină noțiunile generale

³⁸ În același sens *M.-A. Frison-Roche*, *Déni de justice et interprétation de la loi par le juge*, în „Éditions du Juris-Classeur”, 1996, art. 4, nr. 44 și urm.

³⁹ A se vedea *J. Ghestin, G. Goubeaux*, op. cit., nr. 434, cu referire la art. 1351 și la art. 5 din Codul civil francez. „În definitiv, în virtutea art. 4 și 5 din Codul civil, judecătorul este autorizat să creeze eventual o regulă particulară pe care el o va aplica unui litigiu determinat ce i-a fost supus spre rezolvare. Dar această regulă nu poate avea o aplicație generală” (*ibidem*, nr. 434-2). În același sens *L. Bach*, op. cit., nr. 100 și urm.

⁴⁰ În acest sens, pentru doctrina franceză a se vedea *A. Danis-Fatôme*, *Apparence et contrat*, cit. *supra*, nr. 620, notele de sub nr. 269, 270.

⁴¹ A se vedea, de asemenea: *J. Ghestin, G. Goubeaux*, op. cit., nr. 425 și urm.; *L. Bach*, op. cit., nr. 100 și urm.

ori, dimpotrivă, recurge tocmai la noțiuni generale, cu un conținut nedeterminat. De exemplu: conținutul sau semnificația „substanței” obiectului convenției – art. 954 C. civ.; noțiunea de „cauză” a convențiilor – art. 966 C. civ.; evocarea „bunelor moravuri”, a „ordinii publice”, a „bunei-credințe”, „echității” etc. Uneori, instanța specifică termeni generali, introducând distincții sau făcând nuanțări. De exemplu, pornind de la conceputul de „greșeală” evocat de art. 998 C. civ., instanțele au particularizat culpa în anumite activități (culpa medicului, a notarului, a fabricantului, a comerciantului profesional etc.). Se spune chiar – ceea ce ni se pare extrem de discutabil – că, uneori, legiuitorul lasă înadins „spații vide”, că el se „autolimitează”, că se „contestă pe el însuși”, creând „lacune voluntare” sau *intra legem* pentru a permite instanțelor să intervină ele însele; alteori, lacunele sunt „involuntare” sau *praeter legem*⁴². Adevărul poate fi altul: din dorința de a cuprinde cât mai multe dintre numeroasele și extrem de variatele ipoteze practice previzibile, legiuitorul recurge la termeni generali;

⁴² L. Bach, op. cit., nr. 125. Teza lui Kelsen că teoria lacunelor juridice nu este decât o ficțiune – de altfel termenul „ficțiune” fiind întrebuințat de Kelsen în sensul de „eroare” sau „teorie eronată” – a fost demult abandonată (asupra ansamblului chestiunii lacunelor, a se vedea: Le problème des lacunes en droit, Études publiées par Ch. Perelman, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1968, *passim*). În general, se distinge între „lacunele dreptului” și „lacunele legii”. Dar, într-un sistem legalist, cum este și cel român, cele două noțiuni tind să se confunde. În context însă, distincția are relevanță, fiindcă ne referim la rolul instanței în situația unor „lacune ale legii”, cum expres ne indică art. 3 C. civ. În sistemele juridice considerate «ferme» sau «închise», cum este cel al dreptului penal, în principiu, judecătorului nu-i este permis să completeze lacunele legii, recurgând la interpretarea prin analogie sau, *a fortiori*, recurgând la ficțiuni juridice (pe larg cu privire la analogie, a se vedea Fl. Streteanu, Drept penal. Partea generală, 1, Ed. „Rosetti”, București, 2003, p. 56 și urm.). Dacă, în general, este considerată ca inadmisibilă analogia *in malam partem*, în defavoarea inculpatului, este însă admisă analogia *in bonam partem*, în favoarea inculpatului, inclusiv în jurisprudența Curții Europene, prin interpretarea art. 7 din Convenția Europeană. În acest sens se vorbește de caracterul «asimetric» al legii penale.

întrucât ipotezele practice sunt însă totdeauna mai prolifiche decât soluțiile legislative preelaborate, inevitabil reglementarea legislativă nu poate fi atotcuprinzătoare, exhaustivă și definitivă.

56.2. În scopul asigurării coerenței ordinii juridice și al aplicării unitare a normelor juridice, adeseori instanțele procedează la înlăturarea antinomiilor⁴³. Teoretic și aprioric, existența antinomiilor

⁴³ Asupra temei, a se vedea: Les antinomies en droit, Études publiées par Ch. Perelman, Bruxelles, Établissements E. Bruylant, 1965, *passim*. Mai recent, în doctrina noastră, cu o substanțială ilustrare din cuprinsul Constituției, a se vedea I. Vida, Antinomii infraconstituționale, în „Pandectele Române”, nr. 1/2004, p. 182 și urm. Referindu-ne la „antinomii”, avem în vedere acele situații când două teze, doi termeni, două concluzii se află într-o situație contradictorie aparent insolubilă, dar fiecare în parte poate fi totuși demonstrată la fel de concludent. Nu avem așadar în vedere acele contradicții care sunt pur și simplu inexplicabile, semnificând «bizarerii juridice». Două exemple, de acest gen. Articolul 3 alin. (3) din O.G. nr. 10/2004 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului instituțiilor de credit („Monitorul Oficial al României”, nr. 84 din 30 ianuarie 2004) arată că judecătorul sindic este nominalizat, în fiecare caz, *de președintele tribunalului*, dintre judecătorii desemnați ca judecători sindici; dar alin. (4) al aceluiași articol precizează că *tribunalul, prin hotărâre*, desemnează judecătorul sindic. Articolul 22 alin. (3) din Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informații de interes public („Monitorul Oficial al României”, nr. 663 din 23 octombrie 2001) precizează că hotărârea tribunalului este supusă *recursului*, dar la alin. (5) al aceluiași articol se menționează că „atât plângerea, cât și *apelul* se judecă în instanță în procedură de urgență” [s.n.]. Din perspectiva celor precizate, ni se par discutabile unele antinomii juridice, considerate ca «reale»: „contrarietatea între dispozițiile unei legi sau ale unei ordonanțe și cele ale Legii fundamentale”, situație în care, în opinia noastră, nu este vorba de antinomie, ci de neconstituționalitate, prin încălcarea principiului supremației Constituției; „conflictele care apar între diversele acte normative și Constituție”, „neconformitatea” constituțională nefiind o „antinomie”, în sensul tehnic al acestei termen. Alte ipoteze, calificate ca „antinomii” sunt, în opinia noastră „ficțiuni juridice”, deformând sau contrazicând deliberat noțiuni, concepte, termeni cu un sens consacrat și unanim acceptat. Bunăoară, considerarea unui proiect de lege sau a unei propuneri legislative ca adoptată, prin simpla trecere a termenului

pare exclusă, dacă ținem seama de ierarhia normelor juridice – regula inferioară trebuind să se conformeze celei superioare –, de regulile care stau la baza rezolvării conflictului temporal între două norme de același nivel – este aplicabilă cea mai recentă reglementare, în condițiile în care reglementarea anterioară n-a fost explicit abrogată sau modificată – *lex posteriori derogat priori* –, precum și de principiul *specialia generalibus derogant*, atunci când există conflict între o normă generală și una specială. Așadar, în mod real, problema *antinomiilor* se pune numai în ipoteza unor reglementări «actuale» și de «același nivel», altfel fiind vorba de

prevăzut de art. 75 alin. (2) din Constituție, nu este în opinia noastră o „prezumție absolută”, cum ea a fost calificată, ci o ficțiune juridică; sesizarea directă a Curții Constituționale de către Avocatul Poporului cu o „excepție” de neconstituționalitate, în condițiile prevăzute de art. 146 lit. d) din Constituție, nu este o „antinomie infraconstituțională”, ci o ficțiune juridică, disimulând o *actio popularis*. Alte așa-zise „antinomii reale” sunt de fapt lacune legislative. Astfel, faptul că – de altfel fără un motiv rezonabil – prin art. 58 alin. (1) din Constituție s-a prelungit mandatul Avocatului Poporului de la 4 la 5 ani, fără o dispoziție tranzitorie similară celei de la art. 155 alin. (3) cu privire la mandatul prezidențial, nu ni se pare a fi o antinomie, ci o lacună. Nu considerăm a fi antinomii reale nici situațiile în care reglementarea este diferită, dar pentru materii care, la o analiză mai profundă, rezultă a fi și ele diferite. Bunăoară, limitele exercitării unor drepturi, ca și în cazul prevăzut de art. 30 alin. (7) din legea fundamentală, și reglementarea infracțiunilor, pedepselor și a regimului executării acestora. Alte situații, dintre cele exemplificate de autorul studiului dedicat „antinomiilor infraconstituționale” sunt nu numai reale, ci chiar stridente și în egală măsură surprinzătoare și supărătoare, datorate superficialității sau originalității cu orice preț. De exemplu, reglementarea antinomică derivând din cuprinsul art. 55 alin. (2) și (3) din Constituție, pe de o parte, și din cuprinsul art. 75 alin. (1) din legea fundamentală, pe de altă parte; dar mai ales, reglementarea competenței celor două Camere ale Parlamentului în condițiile obstinantei proclamării a bicameralismului, ajungându-se la o soluție constituțională «unică», artificială, improvizată și inutilă. Un lucru este cert: antinomiile evocă incoerența, iar incoerența evocă superficialitatea, improvizarea sau amatorismul.

contradicții în reglementări de nivele sau la date diferite⁴⁴. Uneori, chiar în economia uneia și aceleiași reglementări, o dispoziție poate avea caracterul de normă «comună», iar alta caracterul de normă «specială», neexistând nici antinomie, nici contradicție, ci pur și simplu excepție. Totuși, bunăoară, antinomiile pot apărea îndeosebi atunci când aceeași reglementare pare a evoca atât «criteriul obiectiv», cât și «criteriul subiectiv» în aprecierea culpei, violenței, erorii de fapt sau de drept sau atunci când există conflict între o normă generală și una specială ori atunci când se pune problema determinării naturii unei nulități – absolută ori relativă⁴⁵ –, a naturii unui termen – de prescripție, de decădere, imperativ, dispozitiv, de recomandare.

56.3. Adaptarea reglementărilor la evoluția faptelor este, adeseori, una dintre cele mai presante îndatoriri ale instanțelor. Cel puțin două exemple ni se par edificatoare: dacă într-o primă perioadă instanțele au considerat că responsabilitatea pentru prejudiciul cauzat prin fapta altuia aparține, în sensul art. 1000 C. civ.,

⁴⁴ Un exemplu de stridentă contradicție și, totodată, de absurdă reglementare îl oferă dispozițiile art. 302¹ C. proc. civ., introdus prin «celebra» Ordonanță de urgență a Guvernului nr. 58/2003, modificată prin Legea nr. 195/2004, dispoziții în sensul cărora, *sub sancțiunea nulității*, cererea de recurs va cuprinde, între altele, *contul bancar*, inclusiv al intimatului (pe larg a se vedea: C.-L. Popescu, Neconvenționalitatea și neconstituționalitatea sancțiunii nulității exprese a recursului în cazul neindicării de recurent a contului bancar al intimatului, în „Pandectele Române”, 2004, nr. 3, p. 111 și urm.; I. Deleanu, Tratat de procedură civilă, ed. a IV-a, vol. II, Ed. „Servo-Sat”, Arad, 2004, nr. 80, îndeosebi p. 206-208).

⁴⁵ De exemplu: din modul de formulare a art. 43 alin. (1) C. proc. civ. – lipsa capacității de exercițiu a drepturilor procedurale poate fi invocată „în orice stare a pricinii” – s-ar deduce că este vorba de o nulitate absolută, dar în alin. (2) se precizează că actele de procedură îndeplinite de cel care nu are exercițiul drepturilor procedurale „sunt anulabile”; art. 133 alin. (1) C. proc. civ. precizează că „va fi declarată nulă” cererea de chemare în judecată de pe care lipsește semnătura, dar la alin. (2) se arată că „lipsa semnăturii se poate totuși împlini în tot cursul judecății”.

numai unor persoane, limitativ arătate – întrucât dispozițiile în materie au caracter de excepție –, ulterior, sub impulsul faptelor, ele au trebuit să considere că, dimpotrivă, lista persoanelor responsabile pentru fapta altuia nu are un caracter limitativ; dacă o vreme s-a considerat că dispozițiile art. 1000 alin. (1) C. civ. – care evocă răspunderea pentru „lucrurile de sub paza noastră” – n-au decât semnificația unei «introduceri», a unui «plan», a unei «umbrele» pentru reglementările care urmează, ulterior, instanțele le-au valorizat, sub presiunea faptelor, ca dispoziții specifice unei forme generale de răspundere, în raport cu care prevederile art. 1001-1002 C. civ. nu sunt decât reglementări particulare⁴⁶.

Uneori însă instanțele au mers mai departe. Receptând idei doctrinare, maxime sau adagii le-au convertit în *aparente* reguli de drept, de regulă ficționale, fiindcă, astfel, fie se contrazicea o reglementare în vigoare, punctuală ori de ansamblu, fie se deforma concepte sau instituții juridice.

57. Situații, exemplificative, de intervenție a instanțelor judecătorești. Ne vom referi în cele ce urmează la câteva exemple de construcții jurisprudențiale având *aparența* unor reguli de drept *generale*.

57.1. Proprietatea comună pe cote-părți sau, cum adesea se spune, putând însă da naștere unor confuzii, *coproprietatea* nu a fost reglementată în termeni generali de legea civilă, care a urmat modelul celei franceze, doar despre indiviziune existând unele dispoziții – art. 728 și urm. C. civ. În viziunea individualistă și privativistă, specifică epocii în care s-a elaborat Codul civil francez⁴⁷,

⁴⁶ Pentru o prezentare a evoluției interpretărilor dispozițiilor art. 1384 alin. (1) din Codul civil francez, a se vedea J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique, Armand Colin, 2001, nr. 233 și urm.

⁴⁷ Pe larg, a se vedea J.-Fr. Romain, Copropriété et autonomie de la volonté – de la copropriété volontaire à titre principal et de l'applications de l'article 815 du Code civil, în vol. „Les copropriétés”, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, vol. VIII, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 9 și urm.

singura «concesie» legală s-a făcut în favoarea indiviziunii successorale, considerată ca fortuită și precară, subordonând-o la trei principii: interdicția de ordine publică a coproprietății perpetue; dreptul coindivizarilor de a proceda oricând la partaj; dreptul lor de a modela sau adecva prin convenție acțiunea în partaj. Aceste principii rezultă și din cuprinsul art. 728 și urm. C. civ. Două constatări însă pot fi deja făcute: interdicția de ordine publică privește numai coproprietatea «perpetuă»; caracterul fortuit și precar privește numai indiviziunea succesorală, nu și formele de coproprietate voluntară sau contractuală.

În aceste condiții, în lipsa deci a unor reglementări exprese și generale și în pofida deosebirii dintre proprietatea comună pe cote-părți și indiviziune, pe calea unor analogii, dar și a unor ficțiuni juridice, a revenit doctrinei și jurisprudenței sarcina – sau privilegiul? – de a configura și de a determina aproape în toate articulațiile ei instituția proprietății comune pe cote-părți, unele dintre «regulile» astfel formulate și având o asemenea sursă fiind parțial preluate de legiuitor pentru unele reglementări speciale⁴⁸.

57.2. Răspunderea obiectivă. Din cuprinsul art. 998-999 C. civ. rezultă fără dubiu că „vinovăția”, „culpa” sau „greșeala” – nu este locul să stăruim asupra opțiunilor terminologice – este o condiție esențială și necesară pentru angajarea răspunderii civile delictuale. Aserțiunea trebuie reținută în pofida faptului că textele articolelor menționate sunt substanțial depășite: referindu-se la „fapta omului”, nu se are în vedere și răspunderea persoanei juridice; referindu-se la „greșeală”, „neglijență”, „imprudență”, nu se are în vedere și răspunderea obiectivă. Altceva însă interesează în context: capacitatea delictuală. Cu alte cuvinte și mai precis, posibilitatea angajării răspunderii pentru repararea prejudiciului cauzat chiar în lipsa discernământului, atunci când nu există o altă persoană chemată de lege să răspundă, precum și posibilitatea

⁴⁸ A se vedea, inclusiv jurisprudența la care se face trimitere: C. Bîrsan, Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. ALL Beck, București, 2001, p. 170 și urm.; I. Adam, Drept civil. Drepturile reale, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 445 și urm.

angajării răspunderii pentru repararea prejudiciului cauzat atunci când cauza acestuia este «obscură» sau «anonimă».

Avaturile răspunderii civile delictuale, mai exact ale fundamentului acesteia, ar putea fi schițate astfel: de la legea talionului, exprimând răspunderea obiectivă, la legea aquiliană, exprimând răspunderea subiectivă, și de la aceasta înapoi la răspunderea obiectivă; din alte motive însă decât cele de odinioară și într-o altă ambianță istorică, când reflecția a luat locul reflexului, când protecția victimei a prevalat față de imputabilitatea faptei autorului, când cauzelor tot mai frecvente și mai obscure producătoare de prejudicii a trebuit să li se atribuie o semnificație juridică sancționatoare. Pe scurt, ideea de *răspundere obiectivă* trebuia acreditată; nu ca artificiu juridic, speculativ și steril, ci ca unică soluție în anumite împrejurări.

Procesul a fost lung și anevoios și, cel puțin cât privește fundamentarea răspunderii obiective, el nu este încă încheiat. Direcțiile procesului au fost totdeauna aceleași; formele însă de realizare a acestuia au fost diferite, în două dintre marile sisteme de drept⁴⁹.

Într-un sistem normativ rigid, precum cel german, pentru a face loc răspunderii pur cauzale, la început – sub influența jurisconștilor Thomasius, Heineccius și Ihering – s-a recurs la prezumții și ficțiuni. Apoi însă, punctual, prin modificări legislative explicite și radicale, începând cu Legea din 3 noiembrie 1938, s-a instituit pentru unele situații prezumția de culpă în sarcina unor persoane lipsite de vinovăție sub aspect juridic, considerându-se suficient doar nexul causal.

În Franța însă, constatându-se de asemenea insuficiențele reglementărilor cuprinse de art. 1382-1386 C. civ., având ca și corespondent în legislația română art. 998-990 și art. 1000-1002 C. civ., s-a procedat la «corectarea», «adaptarea», «complinirea» după caz a reglementărilor, edificându-se astfel, jurisdicțional și doctrinar, una dintre cele mai relevante ficțiuni juridice: *răspunderea*

⁴⁹ Cât privește disocierea formelor de răspundere delictuală în Ardeal și în Vechiul Regat, a se vedea C. Gaspar, Responsabilitatea obiectivă, în „Pandectele Române”, partea a IV-a, 1946, p. 26 și urm.

*obiectivă*⁵⁰. Jurisprudența și doctrina române, ca să zicem așa, au «ținut pasul», căci problemele erau aceleași, iar soluțiile la îndemână⁵¹.

Doctrina juridică clasică, sub influența celei franceze, dominată se pare de metoda de interpretare exegetică, s-a manifestat cu reticență față de ideea și teoria responsabilității obiective. Teoria responsabilității obiective – spuneau unii dintre marcanții reprezentanți ai acestei doctrine – „deși foarte atrăgătoare”, este „combătută de marii autori clasici”⁵², care, pe drept cuvânt, arată că noua teorie „contrazice concepția Codului civil”, în sensul căreia culpa și responsabilitatea sunt nedespărțite; „prin urmare, legea acordă ideii de culpă un rol de căpetenie în funcționarea responsabilității delictuale”. Așadar, sistemul Codului civil în materie de

⁵⁰ Pot fi evocate decizia Tribunalului din Lyon, din 1854, care, pe baza art. 1384 C. civ., a consacrat principiul răspunderii pentru lucrurile neînsuflețite, și decizia Curții de Apel din Paris, din 1877, care, în același scop, a invocat dispozițiile art. 1386 C. civ.

⁵¹ Decizia Curții de Casație, secția a II-a, nr. 333 din 17 ianuarie 1939, care a evocat «teoria riscului creat» („Pandectele Române”, 1939, I, p. 152, cu notă de I. Stoescu).

⁵² Într-adevăr, în doctrina franceză clasică, prin referire la «teoria riscului», s-a considerat că jurisprudența „nu poate consacra această teorie fără a înfrânge Codul civil, care subordonează responsabilitatea existenței unei culpe; nu este posibil să se vizioneze această expresie de conținutul ei și de a asimila fapta cu culpa” (M. Planiol, G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, avec le concours de P. Esmein, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1930, nr. 480). Cât privește «teoria riscului», celebrii civilisti francezi făceau următoarele observații: dacă ea constă în simpla consacrare a principiului cauzalității, riscul fiind atribuit celui care l-a creat, „ea se prezintă ca o regulă primitivă”, cu „valoare practică mediocră”, căci „nu se poate aplica în viața juridică o lege fizică de cauzalitate”; soluția preconizată de teoria riscului este descurajatoare pentru „inițiativă și spirit întreprinzător”; «teoria riscului» face să dispară ideea morală care explică principiul responsabilității civile; acela care este ținut să suporte daunele cauzate prin actele sale va putea reclama profitul cauzat prin activitatea sa, dar niciodată teoria îmbogățirii fără cauză n-a mers atât de departe.

responsabilitate „este *individualist* și *subiectiv*, nicidecum obiectiv”⁵³ [s.n.]. Totuși, tot în doctrina noastră clasică s-a susținut că, în cazurile de răspundere pentru fapta altuia, pentru lucruri, animale și ruina edificiului, ea „derivă nu din noțiunea de culpă sau imputabilitate, ci din noțiunea mai largă de garanție”⁵⁴. Alți autori au ajuns la același rezultat, încercând însă fundamentarea răspunderii pentru lucruri și animale pe ideea de risc⁵⁵. Cum am remarcat deja, Curtea de Casație s-a oprit și ea la teoria riscului creat⁵⁶.

Admițându-se, în principiu, răspunderea obiectivă, fără culpă, în cele din urmă, la fundamentul acesteia s-a așezat ideea de garanție⁵⁷, noțiunii de „garanție” atribuindu-i-se însă un înțeles diferit, după cum este vorba de răspunderea civilă indirectă, pentru fapta altuia, sau de răspunderea civilă pentru prejudiciile cauzate de lucruri, animale și ruina edificiului⁵⁸.

În fine, să remarcăm încercarea de «conciliere» între răspunderea subiectivă – fidelă legii civile – și răspunderea obiectivă – «rebelă» față de legea civilă – prin elaborarea unei teorii mixte sau

⁵³ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, Tratat de drept civil, vol. II, Restitutio, Ed. ALL, București, 1998, nr. 1133.

⁵⁴ M.B. Cantacuzino, Elementele dreptului civil, București, 1921, p. 435.

⁵⁵ I. Stoenescu, Art. 1000, alin. 1 și art. 1001 C. civ., „Curierul Judiciar”, 1932, p. 321 și urm., p. 613 și urm.

⁵⁶ Idem, notă la decizia Curții de Casație nr. 333/1939, cit. *supra*.

⁵⁷ A se vedea: M. Eliescu, Răspunderea civilă delictuală, Ed. Academiei, București, 1972, p. 284-286, 374, 376-377, 400, 416-417; A. Ionașcu, Răspunderea comitenților pentru repararea prejudiciilor cauzate de prepuși și M. Mureșan, Răspunderea independentă de culpă pentru prejudiciile cauzate de lucruri, în vol. „Contribuția practicii judecătorești la dezvoltarea principiilor dreptului civil român”, II, Ed. Academiei, București, 1978, p. 100-102, 126-132; L. Pop, Teoria generală a obligațiilor, Ed. „Lumina Lex”, București, 1998, nr. 279; I. Dogaru, P. Drăghici, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 256.

⁵⁸ C. Stătescu, Răspunderea civilă delictuală pentru fapta altei persoane, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1984, p. 73, 74.

a unui temei mixt, „în care insuficiențele concepției subiective despre răspundere sunt complinite prin ideea de garanție”⁵⁹.

În context, interesează însă mai puțin cugetarea doctrinei, ci mai ales *consacrarea jurisprudențială a răspunderii obiective*, ca una dintre creațiile pretoriene, contrare reglementării în vigoare sau complinitorii la această reglementare.

Instanțele au considerat ca fiind cazuri derogatorii de la principiul culpei exclusive: răspunderea pentru prejudicii cauzate de lucruri în general – art. 1000 alin. (1) C. civ.⁶⁰; răspunderea pentru prejudicii cauzate de animale și de ruina edificiilor – art. 1001-1002⁶¹; răspunderea comitentului pentru fapta prepusului – art. 1000 alin. (3) C. civ.⁶². Fundamentarea răspunderii nu este

⁵⁹ C. Stătescu, C. Bîrsan, Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor, Ed. Academiei, București, 1981, p. 225, 226 (pentru unele posibile observații la teza garanției subiective, a se vedea I. Deleanu, V. Mărgineanu, Presumțiile în drept, Ed. „Dacia”, Cluj-Napoca, 1981, p. 208 și urm.). Teoriile mixte, indiferent de variantele lor, nu sunt nici ele mai puțin vulnerabile. Suficient să spunem că, având ca reper asemenea teorii, este extrem de dificil – cum s-a spus – să se stabilească «dozajul mixturii», să se stabilească prioritatea sau subsidiaritatea unuia dintre principiile care alcătuiesc mixtura și, în cele din urmă, să se stabilească domeniul fiecăruia dintre aceste principii (Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit., nr. 662).

⁶⁰ Trib. Suprem, col. civ., decizia nr. 358/1965, în „Culegere de decizii”, 1965, p. 128; decizia nr. 1858/1975, în „Culegere de decizii”, 1972, p. 147; secția civilă, decizia nr. 1300/1987, în „Revista română de drept”, 1988, nr. 4, p. 75; secția civilă, decizia nr. 1926/1989, în „Dreptul”, 1990, nr. 8, p. 83. Aceste decizii evocă teoria prezumției de responsabilitate, independentă sau combinată cu ideea de culpă. În sensul unei răspunderi fundamentate pe prezumția de culpă, a se vedea Trib. Suprem, col. civ., decizia nr. 944/1996, în „Culegere de decizii”, 1996, p. 147.

⁶¹ Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr. 1881/1983, în „Revista română de drept”, 1984, nr. 7, p. 64.

⁶² Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr. 2162/1976, în „Revista română de drept”, 1977, nr. 5, p. 68; decizia nr. 392/1981, în „Revista română de drept”, 1981, nr. 11, p. 46.

însă unitară, controversale doctrinare reflectându-se și în soluțiile jurisprudențiale.

Ideea de răspundere obiectivă a fost totuși dobândită, în pofida celor prevăzute în legea civilă și a spiritului tradițional subiectiv.

Una dintre soluțiile jurisprudențiale este cu totul relevantă.

Fosta instanță supremă a decis că, din considerente de echitate, autorul faptei cauzatoare de prejudiciu – persoană lipsită de discernământ – poate fi totuși obligată la repararea totală sau parțială a pagubei, în raport cu posibilitățile sale materiale⁶³. Doctrina a sesizat și interpretat favorabil această orientare, fără a încerca să-i descifreze natura, fundamentul și semnificațiile, sugerând, cel mult și atât de vag încât a rămas imperceptibil, că ar fi vorba de o ficțiune, din moment ce s-a spus că „orientarea practicii judiciare va trebui, fără îndoială, să fie consacrată și legislativ”⁶⁴.

Soluția jurisprudenței este mai mult decât un expedient din considerente de echitate, o *ficțiune jurisprudențială*; ea atestă, după modelul jurisprudenței franceze în materie⁶⁵, trecerea de la concepția strict și exclusiv *subiectivă*, specifică legii civile, «concepție

⁶³ A se vedea: Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr. 175/1972, în „Culegere de decizii”, 1972, p. 151-153; decizia nr. 1033/1987, în „Revista română de drept”, 1988, nr. 3, p. 68.

⁶⁴ L. Pop, Teoria generală a obligațiilor, Ed. „Lumina Lex”, București, 1998, p. 234; I. Dogaru, P. Drăghici, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 254. În alte sisteme de drept, consacrarea legală a intervenit (de exemplu: art. 428 din Codul civil polonez, art. 352 din Codul civil ungar, art. 489 completat prin Legea nr. 68-5/1968 din Codul civil francez. Pentru observații cu privire la noua formă a art. 489 C. civ., a se vedea: H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 11^e éd., Dalloz, 2000, nr. 186, pct. 3 și urm.; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique, 9^e éd., Armand Colin, 2001, nr. 99, 100). Articolul 32 alin. (1) din proiectul Codului civil are în vedere următoarea formulare: „Minorul sau interzisul judecătoresc nu se poate sustrage obligației extracontractuale de a repara prejudiciul cauzat altuia prin culpa sa”.

⁶⁵ În acest sens, dar și din alte considerente, a se vedea H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, op. cit., nr. 186, pct. 2.

spiritualistă», la concepția în principal *obiectivă*, care distinge între „imputabilitate” și „capacitate”, astfel încât, deși minorului sub 14 ani și bolnavului psihic nu li se poate «imputa» fapta săvârșită, această împrejurare nu înlătură *eo ipso* și «capacitatea» lor delictuală. Exigența subiectivă a imputabilității a dispărut.

Jurisprudența a creat astfel, printr-o ficțiune, o regulă de drept: ea contrazice nu numai reglementarea cuprinsă la art. 998-999 C. civ., ci întreaga concepție a legii civile, o concepție «moralizatoare», cuprinzând două elemente – comportamentul obiectiv incorect și capacitatea personală de a discerne – și antrenând două consecințe – iresponsabilitatea persoanei lipsită de discernământ și, eventual, iresponsabilitatea persoanei juridice.

În contextul a ceea ce ne-am propus, sub semnul generic al acestui demers, rămâne să constatăm, pe de o parte, inevitabila desuetudine sau perimare a unora dintre reglementările legii civile în materia răspunderii civile, îndeosebi a celei delictuale, iar pe de alta necesitatea complinirii, adaptării sau actualizării reglementărilor, într-o altă ambianță economică și socială și într-un alt sistem de valori. Până la împlinirea acestui deziderat, «ofensiva» ficțiunilor juridice doctrinare, unele receptate jurisprudențial și, izolat, chiar legislativ⁶⁶, nu poate fi decât notabilă și benefică, în încercarea și astfel de a procura soluții tranzitorii în condițiile «revoltei faptelor» față de «tiparele juridice» așezate cândva, cu secole în urmă.

⁶⁶ Bunăoară, art. 4 din Legea nr. 703/2001 privind răspunderea civilă pentru daune nucleare („Monitorul Oficial al României”, nr. 818 din 19 decembrie 2001), care instituie o răspundere de plin drept, fără culpă, *obiectivă*. Exonerarea de răspundere poate interveni numai dacă dauna nucleară este rezultatul unuia dintre actele prevăzute de art. 5 alin. (2) din lege (pe larg, a se vedea L. Pop, Răspunderea civilă pentru daunele nucleare, în „Dreptul”, 2002, nr. 7, p. 53 și urm.). Potrivit art. 81 din Legea nr. 137/1995 (republicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 70 din 17 februarie 2000, modificată și completată prin O.U.G. nr. 91/2002), în materia mediului înconjurător, „răspunderea pentru prejudiciu are caracter *obiectiv*, independent de culpă” [s.n.] (a se vedea E. Lupan, Dreptul la indemnizație al victimei poluării, în „Dreptul”, 2002, nr. 9, p. 69 și urm.).

57.3. Creditorul obligației de întreținere din partea părinților. Articolul 86 alin. ultim C. fam. și art. 107 C. fam. identifică pe creditorul obligației de întreținere prin sintagma „descendent minor” sau „copil minor”.

Fostă instanță supremă, în plenul acesteia, a statuat în sensul că părinții sunt obligați a da întreținere și copiilor deveniți majori, dacă se află în continuarea studiilor, până la terminarea acestora, dar nu peste vârsta de 25 de ani, întrucât prin incapacitate de muncă nu trebuie să se înțeleagă numai o incapacitate absolută, datorată unor cauze de ordin fiziologic, medical, ci și incapacitatea care derivă din satisfacerea unor cerințe de ordin social⁶⁷.

În consens cu o parte a doctrinei, s-a considerat că, deși dreptul la întreținere al descendentului major aflat în continuarea studiilor nu trebuie perceput ca un drept absolut, ci ca unul circumstanțial și revocabil, pentru a se înlătura orice îndoială, s-ar cuveni o determinare „legală” a condițiilor unei astfel de îndatoriri în sarcina părinților⁶⁸.

Instanța supremă a invocat «spiritul» reglementărilor cuprinse la art. 86 alin. (2) C. fam. – „are drept la întreținere numai acela care se află în nevoie, neavând putința unui câștig din muncă, din cauza incapacității de a munci” – și la art. 101 C. fam. – părinții sunt datori să se îngrijească de persoana copilului, ei având obligația și de a asigura educarea, învățătura și pregătirea profesională a acestuia. În raport însă cu economia reglementărilor legale în materia obligației de întreținere dintre părinți și copii, dispozitivul deciziei instanței

⁶⁷ Trib. Suprem, Plen, decizia de îndrumare nr. 2/1971, în „Culegere de decizii”, 1971, p. 13. Tot astfel, pe cale jurisprudențială, s-a decis și de către instanțele franceze: obligația de întreținere nu încetează automat în privința copilului devenit major, dacă acesta își continuă studiile, într-un termen rezonabil (pentru jurisprudență, a se vedea A. Weill, *Fr. Terré, Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 5^e éd., Dalloz, 1983, nota de sub nr. 2).

⁶⁸ E. Florian, *Dreptul familiei*, Ed. „Limes”, Cluj-Napoca, 2003, p. 343.

supreme este «normativ»⁶⁹, modificând reglementarea. Pe scurt, s-a creat o ficțiune juridică pe cale pretoriană⁷⁰.

⁶⁹ «Îndrumarea» instanței supreme a fost și este urmată de instanțele judecătorești, acestea conformându-se astfel unei reguli juridice de factură ficțională. Bunăoară, s-a decis că are dreptul să solicite pensie de întreținere de la părinții săi și copilul devenit major aflat în continuarea studiilor în cadrul unei instituții de învățământ superior particulare (C.S.J., secția civilă, decizia nr. 1526/1992, în „Probleme de drept”, 1990-1992, p. 215-217).

⁷⁰ Întemeiate în fond, unele dintre considerentele deciziei sunt ambigue, insuficient determinate sau de natură să conducă la interpretări contradictorii. Astfel: se vorbește despre continuarea studiilor în „învățământul superior”, putându-se astfel înțelege că nu se are în vedere nici o altă formă de continuare a studiilor, improprietate corectată ulterior tot jurisprudențial (Trib. jud. Maramureș, decizia civilă nr. 492/1984, în „Revista română de drept”, 1984, nr. 12, p. 70); „continuarea studiilor” nu înseamnă imposibilitatea întreruperii și a reluării lor (Trib. jud. Ilfov, decizia civilă nr. 327/1979, în „Revista română de drept”, 1979, nr. 9, p. 64); cerința „de a da dovadă de stăruință în continuarea studiilor și să obțină rezultate corespunzătoare” este nu numai improvizată, dar și cu totul imprecisă, putând conduce la arbitrar în apreciere (V. Pătulea, Unele considerații în legătură cu obligația subsidiară de întreținere, II, în „Revista română de drept”, 1982, nr. 11, p. 37); precizarea că părinții sunt aceia „care, îndeobște, i-au stabilit în timpul minorității felul învățăturii ori pregătirii profesionale, asumându-și astfel implicit obligația de a subzista nevoile lui până la terminarea acestei pregătiri”, implică nu numai ideea de culpă a părinților, dar ignoră și faptul că, potrivit art. 102 C. fam., minorul care a împlinit vârsta de 14 ani poate solicita „schimbarea felului învățăturii ori pregătirii profesionale stabilită de părinți”; decizia instanței nu oferă vreo soluție pentru ipoteza când copilul, devenit major, urmează noi studii, deși studiile lui anterioare i-ar permite să-și găsească o ocupație de natură să-i asigure nevoile materiale rezonabile; în fine, limita de vârstă de 25 de ani este poate rezonabilă, dar, oricum, discutabilă, jurisprudența franceză preferând determinarea duratei studiilor prin referire la un „termen normal”. În opinia noastră, decizia instanței supreme nu era necesară, instanțele judecătorești putând ajunge la aceeași soluție, în fiecare caz în parte, prin invocarea doar a dispozițiilor art. 86 alin. (1)-(2) C. fam., coroborate cu dispozițiile art. 101 C. fam., fără a mai

Încercarea de a justifica această ficțiune-regulă de drept prin invocarea fostelor dispoziții ale art. 20 alin. (7) din O.U.G. nr. 26/1997 – conform cărora după dobândirea capacității depline de exercițiu, dacă persoana încredințată sau dată în plasament în timpul minorității își continuă studiile, ea devine titular al dreptului privind alocația lunară de întreținere până la absolvirea studiilor, dar fără a depăși vârsta de 25 de ani, care – cum s-a spus⁷¹ – ar fi aplicabile prin „analogie”, nu ni se pare pertinentă, în orice caz pentru a disipa această ficțiune juridică jurisprudențială, întrucât: este un mod de argumentare prin invocarea unor dispoziții legale *a posteriori* adoptate; ficțiunea juridică nu trebuie confundată cu analogia⁷², nici cu împrumutul de normă juridică⁷³.

57.4. Titularul acțiunii în tăgădarea paternității. Potrivit art. 54 alin. (1) și (2) C. fam.: „Paternitatea poate fi tăgăduită, dacă este cu neputință ca soțul mamei să fie tatăl copilului. Acțiunea în tăgăduirea paternității poate fi pornită numai de soț; moștenitorii acestuia pot continua acțiunea pornită de el” [s.n.]. În raport cu aceste dispoziții, inevitabil doctrina și jurisprudența au considerat că dreptul la acțiune în tăgăduirea paternității are caracter *strict personal* și aparține *numai soțului mamei*, nici o altă persoană nefiind îndrituită să exercite o astfel de acțiune, iar dacă totuși ar exercita-o, aceasta ar urma să fie respinsă ca *inadmisibilă*.

Nimic de reproșat unei asemenea concluzii, «consolidată» de altminteri și printr-o decizie a Curții Constituționale⁷⁴.

face vreo referire – inutilă de altfel și care mai mult complică decât explică – la vârsta copilului și pragul temporal până la care se află în nevoie. Articolul 403 din proiectul Codului civil al urma să precizeze: „Părinții sunt obligați să întrețină pe copilul devenit major, dacă se află în continuarea studiilor, până la terminarea acestora, fără a depăși vârsta de 26 de ani”.

⁷¹ A se vedea Al. Bacaci, C. Hageanu, V. Dumitrache, Dreptul familiei, Ed. ALL, București, 1999, p. 253.

⁷² A se vedea *supra*, nr. 5.

⁷³ A se vedea *supra*, nr. 7.

⁷⁴ A se vedea: Decizia nr. 78/1995, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 294 din 20 decembrie 1995, prin care s-a respins excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 54 alin. (2) C. fam.

Este însă meritul doctrinei acela de a fi solicitat ca, *de lege ferenda*, dreptul la exercitarea acțiunii în tăgăduirea paternității să fie recunoscut și în favoarea mamei, precum și a copilului⁷⁵. De altfel, dacă, în condițiile prevăzute de art. 45 alin. (1) C. proc. civ., procurorul ar putea exercita acțiunea în tăgăduirea paternității, apare illogică și, în consecință, inadmisibilă interdicția exercitării acțiunii de către mama copilului sau de copilul direct interesat în stabilirea filiației sale conform realității biologice. În fine, oricum, la admisibilitatea acțiunii în răsturnarea prezumției legale de filiație a copilului de către mamă sau copil se poate ajunge, cum s-a sugerat⁷⁶, prin contestarea stării civile a copilului din căsătorie care nu are posesiunea de stat în conformitate cu prezumția de paternitate.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului a decis că s-au încălcat prevederile art. 8 din Convenția Europeană prin recunoașterea doar în favoarea soțului mamei a dreptului la acțiunea în tăgăduirea paternității, întrucât „respectul față de viața de familie cere ca realitatea biologică și socială să prevaleze asupra prezumției legale care lovește frontal atât faptele stabilite, cât și dorințele persoanelor în cauză, fără a aduce beneficii reale cuiva”⁷⁷.

Prin Decizia Curții Constituționale nr. 349/2001, instanța de contencios constituțional a admis excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 54 alin. (2) C. fam.⁷⁸, motivând astfel: „Curtea reține că invocarea neconstituționalității dispozițiilor art. 54 alin. (2)

⁷⁵ A se vedea, bunăoară: P. Anca, Filiație și efectele ei, în vol. „Rude-nia în dreptul Republicii Socialiste România”, Ed. Academiei, București, 1966, p. 76; A. Ionașcu, M. Mureșan, M.N. Costin, V. Ursa, Filiația și ocrotirea minorilor, Ed. „Dacia”, Cluj-Napoca, 1980, p. 56; Al. Bacaci, C. Hageanu, V. Dumitrache, op. cit., p. 166; E. Florian, op. cit., p. 232; M. Avram, Considerații în legătură cu reglementarea actuală a acțiunii în tăgăduirea paternității, în „Dreptul”, 1999, nr. 2, p. 85-87.

⁷⁶ M. Avram, op. cit., p. 84, 85; E. Florian, op. cit., p. 233.

⁷⁷ Hotărârea din 27 octombrie 1994, în cazul *Kroon și alții contra Olandei*, în volumul: V. Berger, Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, ed. a III-a, Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 2001, p. 358, 359.

⁷⁸ „Monitorul Oficial al României”, nr. 240 din 10 aprilie 2002.

din Codul familiei vizează dreptul constituțional la viața familială și privată, reglementat ca atare în Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

Astfel, art. 8 din această convenție prevede că: «1. Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale; 2. Nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acest amestec este prevăzut de lege și dacă constituie o măsură care, într-o societate democratică, este necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protejarea sănătății sau a moralei, ori protejarea drepturilor și libertăților altora.»

Întrucât, ca urmare a ratificării de către România a Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, în conformitate cu prevederile art. 11 și 20 din Constituție⁷⁹, această Convenție a devenit parte a dreptului intern, se impune ca în examinarea excepției să se aibă în vedere prevederile sale, precum și practica jurisdicțională a Curții Europene a Drepturilor Omului în aplicarea și interpretarea convenției menționate.

Având a se pronunța asupra faptului dacă interdicția instituită de o lege națională, pentru femeia căsătorită, de a contesta prezumția de paternitate a soțului său cu privire la copilul conceput în timpul căsătoriei, contravine art. 8 mai sus menționat din Convenție, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a decis în sens afirmativ în cazul Kroon și alții împotriva Olandei.

Față de această interpretare și aplicare a Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Curtea Constituțională apreciază că se impune o reconsiderare a jurisprudenței sale cu privire la soluționarea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 54 alin. 2 din Codul familiei (Decizia nr. 78 din

⁷⁹ Precizăm că atât art. 11, cât și art. 20 din Constituție au fost revizuite prin Legea nr. 429/2003, publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 758 din 29 octombrie 2003. Revizuirea textelor articolelor arătate nu împiedică însă invocarea lor în sprijinul soluției adoptate.

13 septembrie 1995, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 294 din 20 decembrie 1995)⁸⁰, urmând să constate că textul în cauză contravine prevederilor art. 16 alin. (1), art. 26, art. 44 alin. (1) și ale art. 45 alin. (1) din Constituție, aspecte în raport cu care excepția de neconstituționalitate a art. 54 alin. 2 din Codul familiei urmează să o considere ca fiind întemeiată.

Într-adevăr, consacrarea prin dispozițiile art. 54 alin. 2 din Codul familiei a dreptului la promovarea unei acțiuni în tăgăduirea paternității prezumate doar în favoarea tatălui prezumtiv, cu excluderea mamei și a copilului născut în timpul căsătoriei, în egală măsură titulari ai unui interes legitim în promovarea unei asemenea acțiuni, constituie o încălcare a principiului egalității în drepturi prevăzut la art. 16 alin. (1) din Constituție.

Faptul de necontestat că tatăl prezumtiv și mama copilului pot avea și, de regulă, au fiecare o motivație proprie și distinctă în răsturnarea prezumției de paternitate nu poate fi reținut ca un argument peremptoriu în justificarea regimului discriminatoriu instituit prin textul criticat. Esențială din punctul de vedere care interesează aici este, dincolo de mobilurile particulare care pot fi diferite, rațiunea comună constând în asigurarea prevalenței realității asupra ficțiunii⁸¹. Or, potrivit unui principiu juridic de maximă generalitate, identitatea de rațiune impune identitate de soluții.

Totodată, prevederile art. 54 alin. 2 din Codul familiei, în măsura în care refuză recunoașterea și pentru mamă a dreptului la acțiune în tăgăduirea paternității prezumate, contravin și dispozițiilor art. 44 alin. (1) din Constituție care consacră egalitatea dintre soți ca unul dintre principiile pe care se întemeiază instituția familiei.

⁸⁰ Pentru observații critice la această decizie, a se vedea: M. Avram, op. cit., nr. 78-87; *Idem*, Filiația. Adopția națională și internațională, Ed. ALL Beck, București, 2000, p. 56-69.

⁸¹ Curtea consideră, așadar, că prezumția de paternitate a copilului născut în timpul căsătoriei este o «ficțiune». Imposibil însă de reținut această constatare, prezumțiile legale relative neputând fi considerate ficțiuni. O astfel de calificare poate fi atribuită numai prezumțiilor irefragabile (a se vedea *supra*, nr. 26).

Cu referire la dispozițiile art. 26 din Constituție, Curtea constată că, prin consacrarea monopolului tatălui prezumtiv în promovarea acțiunii în tăgăduirea paternității prezumate, art. 54 alin. 2 din Codul familiei nu dă expresie exigențelor alin. (1) al textului constituțional, de a ocroti viața intimă, familială și privată, ci, dimpotrivă, relevă o imixtiune în aceasta, în măsura în care restrânge drastic posibilitatea de a conferi semnificație juridică unei realități biologice, făcând-o dependentă exclusiv de bunul plac al unei singure persoane, cu ignorarea intereselor legitime și ale altor persoane.

Curtea reține, de asemenea, că textul criticat contravine și alin. (2) al art. 26 din Constituție, în condițiile în care nu recunoaște și copilului dreptul la acțiune în contestarea paternității prezumate, împrejurare de natură să îi impună acestuia un anumit statut juridic stabilit prin voința altuia, pe care este ținut să îl accepte în mod pasiv, fără a putea acționa în sensul modificării sale, ceea ce nu poate avea decât semnificația unei negări a dreptului recunoscut oricărei persoane fizice prin articolul constituțional mai sus menționat, de a dispune de ea însăși.

Curtea consideră că recunoașterea, în favoarea copilului, a dreptului la acțiune în contestarea paternității prezumate, ca expresie a dreptului constituțional al oricărei persoane de a dispune de ea însăși, nu este de natură să încalce drepturile și libertățile altora, ordinea publică sau bunele moravuri și, ca atare, nu reține nici o justificare pentru încălcarea dispoziției constituționale.

În sfârșit, Curtea constată că art. 54 alin. 2 din Codul familiei contravine și art. 45 alin. (1) din Constituție.

Într-adevăr, acest text recunoaște copiilor și tinerilor un regim special de protecție și de asistență în realizarea drepturilor lor, ceea ce nu poate avea decât semnificația instituirii în sarcina statului a obligației de a le asigura mijloace juridice mai numeroase și mai eficiente decât cele aflate la dispoziția persoanelor fizice mature, în vederea realizării finalității urmărite.

Așa fiind, nerecunoașterea, în ceea ce îl privește pe copil, a dreptului de a-și stabili propria filiație față de tată, în concordanță

cu realitatea, împotriva unei ficțiuni⁸², drept recunoscut totuși tatălui prezumtiv, constituie o evidentă încălcare a textului constituțional.”

Subscriem punctului de vedere exprimat de instanța de contencios constituțional, menționând doar că problemele sunt mult mai complexe decât par la o primă examinare și că, oricum, nu putea Curtea Constituțională, în raport cu atribuțiile ce-i revin, să le și rezolve⁸³.

Soluția Curții Constituționale este în concordanță, cum s-a putut observa, nu numai cu jurisprudența Curții Europene, dar și cu legislația altor țări⁸⁴.

⁸² A se vedea precizările făcute în nota precedentă.

⁸³ A se vedea substanțiala notă semnată de *M. Avram*, în legătură cu decizia Curții Constituționale, în „Pandectele Române”, 2002, nr. 3, p. 15 și urm. Într-adevăr, urmează să se decidă legislativ asupra următoarelor probleme: termenul în care se poate introduce acțiunea în tăgăduirea paternității; data de la care curge termenul de prescripție; admisibilitatea sau nu a unei astfel de acțiuni în favoarea pretinsului tată biologic; admisibilitatea sau nu a intervenției voluntare a unui terț.

⁸⁴ A se vedea: *R. Frank*, *L'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen*, în „Revue internationale de droit comparé”, 1999, nr. 1, p. 29 și urm.; *C. Labrusse-Riou*, *R. Le Guidec*, *Filiation légitime*, în „Répertoire de droit civil”, t. VI, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, îndeosebi nr. 91-228, împreună cu amplul aparat bibliografic și jurisprudențial. În Franța, prin Legea din 3 ianuarie 1972, precum și prin art. 318 C. civ. s-a înlăturat monopolul marital al acțiunii în dezavuarea paternității, mama copilului putând de asemenea să conteste paternitatea acestuia. Potrivit art. 318 C. civ. o poate însă face numai probând, totodată, nonpaternitatea primului soț și paternitatea celui de al doilea. Cu alte cuvinte, contestarea paternității este condiționată de legitimarea copilului, așa încât hotărârea judecătorească rezolvă concomitent două cereri conexe și inseparabile. Curtea de Casație a recunoscut acțiunea în contestarea paternității și copilului, având posesiunea de stat a unui copil legitim, ceea ce doctrina a considerat a fi o „denaturare a legii” (Code Civil, Litec, 1986, p. 178). Articolul 513 alin. (2) al Codului civil din Québec recunoaște mamei copilului dreptul de a contesta paternitatea copilului său, într-un termen de 1 an de la nașterea acestuia (Code Civil du Québec, Boudouin-Renaud, 2002-2003, W & L, p. 151).

În contextul acestui demers, cert rămâne faptul că, depășindu-și condiția sa tradițională de «legislator negativ», Curtea Constituțională a consacrat ea însăși o ficțiune juridică – regulă de drept.

Filiația copilului născut sau conceput în timpul căsătoriei este *legitimă* – copilul are ca părinți două persoane căsătorite –, *indivizibilă* – copilul neputând fi în același timp legitim față de un părinte și nelegitim față de celălalt –, filiația nu depinde de voința părinților. Prezumția legală de paternitate este piatra unghiulară a legitimității copilului⁸⁵. Prezumția este categoric relativă, ea evocând adagiul *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Ea este uneori analizată, în pofida calificării ca prezumție, ca o regulă de fond – nu atât ca o regulă de probă –, consecință a efectului imperativ al căsătoriei.

În raport cu reglementarea actualmente în vigoare, incontestabil aceasta a fost – justificat însă – denaturată prin decizia Curții Constituționale, oferindu-ni-se astfel un caz tipic de ficțiune juridică. Prin această decizie nu s-au stabilit excepții de la reglementarea în vigoare, ci o regulă nouă, de principiu, cu privire la titularul acțiunii în tăgăduirea paternității⁸⁶.

57.5. Îmbogățirea fără justă cauză, cum tradițional și eliptic se spune – fără a se adăuga *cum alterius detrimento*, sărăcind adică pe altul – și *actio de in rem verso* – improprie se pare, pentru că în dreptul roman avea o altă semnificație⁸⁷ – care corespunde acestei surse autonome de obligații, reprezintă laolaltă una dintre cele mai

⁸⁵ C. Labrusse-Riou, R. Le Guidec, op. cit., nr. 1-5.

⁸⁶ Articolul 342 din proiectul Codului civil preconizează recunoașterea dreptului la acțiunea în tăgăduirea paternității și în favoarea mamei, precum și a copilului. În sensul art. 344-345 din același proiect, acțiunea în tăgăduirea paternității introdusă de mamă ar putea fi pornită în termen de 1 an de la nașterea copilului, iar acțiunea copilului în termen de 1 an de la data majoratului.

⁸⁷ A se vedea: C. Aubry, C. Rau, op. cit., t. VI, nr. 314, îndeosebi nota de sub nr. 4; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique, cit. *supra*, nr. 35. Romanii profesau așa-numitele acțiuni *conditiones*, prin care cel păgubit printr-o îmbogățire realizată de altul în dauna sa putea să obțină repararea bănească a prejudiciului.

spectaculoase, necesare și utile construcții jurisprudențiale ficționale, cristalizată apoi de doctrină, mai ales pentru a-i determina condițiile și efectele⁸⁸. Literalmente și iarăși impropriu, ar fi vorba despre o acțiune în restituirea lucrului – *in rem verso* – sau, în sensul ce i-a fost atribuit ulterior, de o acțiune în restituirea sporului patrimoniului⁸⁹. Principiul, fundamentat pe dreptul natural și postulat pretorian, n-a fost niciodată pus în discuție: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores* – spunea jurisconsultul Pomponios.

Natura ficțională a acestui principiu și, implicit, a acestei surse de obligații ar putea fi evocate sub cel puțin următoarele aspecte:

a) Contrar față de ceea ce justifică o acțiune *de in rem verso* și contrar efectelor pe care ea le poate antrena, îndeobște normele dreptului permit îmbogățirea unuia în detrimentul altuia, fără o obligație de restituire, forța obligatorie a contractului sau libertatea comerțului impunându-se cu preeminență chiar în situații moralmente injuste. Este însă vorba, cum tradițional se spune, de îmbogățirea fără cauză sau de îmbogățirea având o cauză pe care legea nu o permite ori – pentru că însuși termenul «cauză» este dificil de definit – de îmbogățirea fără titlu juridic – convențional sau legal – susceptibil să explice și să justifice îmbogățirea⁹⁰. Cu alte cuvinte, condițiilor de ordin material sau economic pentru exercitarea acțiunii *de in rem verso* – inițial singurele condiții de admisibilitate și, astfel, de natură să provoace o «anarhie juridică» –

⁸⁸ Pentru unele dintre cele mai semnificative repere doctrinare, a se vedea A.-M. Romani, Enrichissement sans cause, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. V.

⁸⁹ În sens cuprinzător, jurisprudența a considerat că este vorba de un «avantaj» evaluabil în bani. Un astfel de avantaj poate să constea nu numai în creșterea activului patrimonial, ci și în scăderea pasivului sau chiar numai în menținerea activului, atunci când se evită o cheltuială pe care, altfel, cel îmbogățit ar fi trebuit să și-o asume. Mai mult, unii autori și cu totul izolat jurisprudența au considerat că îmbogățirea poate să constea și într-un avantaj moral (pentru jurisprudență, a se vedea J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., nr. 39, notele de sub acest paragraf).

⁹⁰ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., nr. 44, 54.

trebuie să li se asocieze condițiile de ordin juridic, între care lipsa titlului juridic pentru îmbogățire. La aceasta se adaugă altele două, dominant acceptate și minoritar controversate: subsidiaritatea acțiunii⁹¹ și lipsa culpei titularului acțiunii⁹².

⁹¹ Problema subsidiarității – în înțelesul că partea nu are la îndemână o altă cale legală pentru a obține repararea prejudiciului ce i-a fost cauzat, corelativ îmbogățirii celui alt – a fost cândva considerată ca îndoielnică, întrucât reclamantul are liberă alegere între mijloacele pe care le are la dispoziție, dacă prin alegerea sa nu se săvârșește o fraudă la lege, „în încercarea de a disimula caracterul real al pretențiilor, inadmisibile ca atare” (*M. Planiol, G. Ripert, Traité pratique de droit civil français*, t. VII, Obligations, deuxième partie, avec le concours de P. Esmein, J. Rodouant, G. Gabolde, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1931, nr. 62). Caracterul subsidiar al acțiunii este însă mai complex decât pare. Este posibil ca *a priori* reclamantul să aibă la dispoziție încă o acțiune, lui fiindu-i, după caz, mai profitabilă fie *actio de in rem verso*, fie cealaltă acțiune. Subsidiaritatea trebuie să prevaleze, reclamantul neputând, potrivit cu interesul său, să deturneze dispozițiile legale sau clauzele contractuale. Este posibil ca acțiunea prin care ar fi putut să acționeze reclamantul împotriva îmbogățitului să nu mai fie legal admisibilă. Subsidiaritatea trebuie să se impună, nefiind posibilă înlăturarea regulilor dreptului, prevăzute expres pentru diversele situații, în profitul unui principiu general instaurat pretorian. Numai că, așa cum subtil s-a remarcat, în această ipoteză, nu mai e vorba de «subsidiaritatea» acțiunii *de in rem verso*, ci de excluderea ei, mai exact putându-se spune că această acțiune nu «înlocuiește» alte acțiuni în fața exercitării cărora se află un obstacol de drept (prescripția, decăderea, autoritatea lucrului judecat). Este posibil ca reclamantul să dispună de o acțiune, dar contra unei alte persoane decât a celui îmbogățit, persoană care «indirect» a profitat, prin tranzitarea sporului de valoare prin patrimoniul ei. Subsidiaritatea operează, dar într-un alt sens. Reclamantul nu va putea acționa împotriva celui direct îmbogățit decât dacă, acționând mai întâi împotriva terțului, n-a putut dobândi satisfacție din cauza insolabilității acestuia. Pentru o astfel de situație se spune adesea că acțiunea *de in rem verso* poate fi exercitată după ce acțiunea normală a fost paralizată printr-un „obstacol de fapt” (pe larg și pentru exemplificări, a se vedea *J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux*, op. cit., nr. 53 și urm.).

⁹² Sub semnul rigorilor unei logici formale, dacă la fundamentul acțiunii *de in rem verso* se află considerente de echitate, culpa însărcinutului n-ar

Cel puțin unele dintre aceste elemente definitorii sunt articulate într-o decizie a instanței supreme: „Într-o acțiune întemeiată pe principiul îmbogățirii fără just temei trebuie să se stabilească dacă s-au dobândit sau păstrat de către pârâți bunuri sau valori în detrimentul reclamantului, fără just temei statornicit prin lege sau contract. Între dobândirea bunurilor sau evitarea unor cheltuieli de către o persoană – care se îmbogățește astfel – și pierderea unor bunuri sau valori de către o altă persoană – care sărăcește în consecință – trebuie să existe o corelație necesară, îmbogățirea uneia fiind condiționată de sărăcirea celeilalte, în sensul că îmbogățirea primei trebuie să apară ca o urmare nemijlocită, ca o consecință directă a sărăcirii celei de a doua. Pe de altă parte, atât îmbogățirea, cât și sărăcirea trebuie să fie lipsite de temei legitim. Această acțiune trebuie să fie privită întotdeauna ca având un caracter subsidiar, în sensul că ea nu poate fi primită ori de câte ori se constată existența vreunei alte acțiuni în realizare de drepturi”⁹³.

b) Numeroase texte din legea civilă fac aplicarea principiului în discuție. De exemplu: potrivit art. 484 C. civ., în puterea dreptului de accesiune, fructele se cuvin proprietarului, dar acesta are îndatorirea de a plăti semănăturile, arăturile și munca depusă de alții; proprietarul pământului pe care s-au făcut construcții, plantații ori alte lucrări cu materiale străine are obligația, în sensul art. 493 C. civ., să plătească valoarea materialelor; constructorul pe terenul altuia, indiferent dacă el este de bună sau de rea-credință, trebuie despăgubit – precizează art. 494 C. civ. – de proprietarul terenului

trebui să aibă relevanță (*Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Laquette*, Droit civil. Les obligations, 5^e éd., Précis Dalloz, 1993, nr. 974). Aceasta a fost și poziția inițială a jurisprudenței franceze. Ulterior însă, izolat, jurisprudența a fost mai flexibilă, iar doctrina a înclinat spre o soluție «socialmente adecvată», distingând între o culpă voluntară, care ar face inadmisibilă acțiunea, și o simplă neglijență sau imprudență, care n-ar fi un obstacol în calea exercitării ei (*J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux*, op. cit., nr. 51.) Opinia rămâne totuși discutabilă.

⁹³ Trib. Suprem, col. civ., decizia nr. 102/1968, în „Revista română de drept”, 1968, nr. 6, p. 171.

care a reținut construcția; acela care a făcut cheltuieli pentru conservarea lucrului sau dacă prin cheltuielile făcute a crescut prețul lucrului, chiar dacă a fost de rea-credință, trebuie despăgubit pentru cheltuielile făcute – art. 997 C. civ.; depozitarul trebuie dezdăunat pentru cheltuielile făcute cu păstrarea lucrului depozitat și pentru pierderile ce i-au fost cauzate de depozit – art. 1618 C. civ. Alte texte din legea civilă dau expresie aceluiasi principiu (bunăoară, art. 508, 509, 766, 1098, 1164, 1522, 1598 etc.), la care s-ar putea adăuga și unele texte din legi speciale.

Și totuși, suma unor dispoziții speciale niciodată nu poate avea ca rezultat o dispoziție generală⁹⁴. Cum se știe, o dispoziție specială nu este susceptibilă nici măcar de extrapolare⁹⁵.

c) În lipsa unui text de principiu, care să legitimizeze exercitarea unei acțiuni *de in rem verso*, explicațiile oferite pentru fundamentarea sau calificarea acțiunii n-au avut ca rezultat decât recunoașterea implicite a naturii ei ficționale.

Bunăoară, s-a considerat că *actio de in rem verso* este fondată pe un „principiu de drept natural”⁹⁶, că ea este expresia unui

⁹⁴ Legile civile din Germania, Elveția, Italia etc. cuprind o dispoziție de aplicare generală, art. 2041 din Codul civil italian precizând chiar subsidiaritatea acțiunii. Cum remarcă doi iluștri civilisti francezi, invocând exemplificativ dispozițiile corespunzătoare din Codul civil francez (art. 548, 554, 555, 570, 571, 861, 862, 1241, 1321 etc.), degajarea din aceste texte a unei teorii generale cu privire la îmbogățirea fără cauză este dificilă și pentru că unele dintre aceste dispoziții sunt deliberat contradictorii (*M. Planiol, G. Ripert*, op. cit., nr. 752, nota de sub nr. 2).

⁹⁵ Articolul 904 din proiectul Codului civil menționează în cadrul „izvoarelor obligațiilor”, alături de contracte, gestiunea de afaceri, fapta ilicită și „îmbogățirea fără justă cauză”, precum și orice alt fapt de care legea leagă nașterea unei obligații.

⁹⁶ *N. Neștianu*, notă la decizia Curții de Apel București din 9 februarie 1944, în „Pandectele Române”, partea I, 1946, p. 4, împreună cu aparatul bibliografic. Idealurile morale nu sunt însă ele însele norme de drept pozitiv. Teoria «drepturilor naturale» este o sursă a romantismului filosofic și juridic, operând cu abstracțiuni și metafore, care, moralmente, poate explica, dar juridicește nu poate impune, rămânând, din acest motiv, o problemă de metafizică, un sofism.

dintre „marile principii de echitate care guvernează dreptul civil”⁹⁷, că ea se sprijină pe teoria profitului creat sau pe teoria riscului imaginat⁹⁸, că ea are la bază „echilibrul patrimonilor”⁹⁹. Dar chiar

⁹⁷ Echitatea poate fi definită și ca manieră „de rezolvare a litigiilor în afara regulilor dreptului” (*G. Cornu*, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 1987, p. 320). Dacă, pe temeiul art. 970 alin. (2) C. civ., se poate vorbi de funcția supletivă a echității în convenții, este dificil să se admită o asemenea funcție în raport cu lacunele dreptului (pe larg, a se vedea *Chr. Albiges*, De l'équité en droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, *passim*). Dispozițiile art. 3 C. civ., în sensul cărora judecătorul trebuie să soluționeze litigiul chiar când „legea nu prevede”, este „întunecată sau neîndestulătoare” pot sprijini funcția supletivă a echității? Într-o opinie, răspunsul a fost afirmativ (*Ch. Perelman*, Le raisonnement et le déraisonnable en droit. Au delà du positivisme juridique, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1984, p. 59). Ni se pare însă pertinentă observația că art. 4 din Codul civil francez – căruia îi corespunde art. 3 din Codul civil român – consacră echitatea *infra legem*, ca „licență juridică”, punctuală, pentru anumite situații, decizia instanței neputând deveni regulă (*J. Carbonnier*, Droit civil. Introduction, Presses Universitaires de France, Paris, 26^e éd., 1999, nr. 9; *Chr. Albiges*, op. cit., nr. 410, 411). Echitatea poate «corecta» reglementarea, dar nu o poate «crea» – ca reglementare generală și obligatorie. Instanța supremă franceză a fost fermă și constantă în sancționarea hotărârilor fondate exclusiv pe echitate, în afara unui reper legislativ, singura excepție notabilă constituind-o tocmai îmbogățirea fără justă cauză (a se vedea *D. Berthiau*, Le principe d'égalité et de droit civil des contrats, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2001, îndeosebi nr. 568-572).

⁹⁸ Asupra acestei teorii, a se vedea *G. Marty, P. Raynaud*, Droit civil. Les obligations, t. 1, Les sources, 2^e éd., Sirey, 1988, nr. 390.

⁹⁹ Nu e vorba de „echilibrul patrimonilor”, nici de „ruptura” acestuia, ci de caracterul „injust” al disproporției; acesta este „sufletul teoriei” (*Ibidem*. De asemenea *M. Planiol, G. Ripert*, op. cit., nr. 752). Oricum, chiar așa, cel puțin două posibile observații nu pot fi ignorate: uneori, îmbogățirea se realizează în afara oricărei transmiteri de valori, bunăoară prin prevenirea unei pierderi, ca urmare a activității celui însărcinat; în unele situații, îmbogățirea nu obligă la plata nici unei indemnități. Mergând chiar mai departe, unii doctrinari au considerat că îmbogățirea poate să conștă într-un avantaj moral (*G. Marty, P. Raymond*, op. cit.,

așa fiind, natura ficțională a instituției n-a fost spulberată, ci mai degrabă confirmată.

Poate că mai aproape de interesul găsirii unui fundament «juridic» se înscriu alte două opinii: acțiunea izvorâtă din îmbogățirea fără cauză – preferabil să se spună din îmbogățirea fără titlu juridic, convențional sau legal – este o „acțiune delictuală”; acțiunea se întemeiază pe o „gestiune de afaceri anormală”, atipică. Opiniile nu pot fi însă admise.

S-a considerat că ar fi o „acțiune delictuală” întrucât, urmărind conservarea îmbogățirii fără cauză, îmbogățitul comite astfel un fapt ilicit, un delict¹⁰⁰. Într-adevăr, fundamentul moral al celor două teorii se pare că este același: în cazul responsabilității delictuale, faptul reprehensibil este acela care a cauzat prejudiciul, ceea ce justifică obligația autorului acestuia de a-l repara; în cazul îmbogățirii fără titlu juridic, culpa constă în nerestituirea îmbogățirii¹⁰¹. Numai că, uneori, nu există culpa celui îmbogățit, iar rezultatele celor două acțiuni sunt diferite: repararea integrală a prejudiciului, restituirea în măsura îmbogățirii. Asupra altor deosebiri nu este cazul să mai stăruim.

Am fi – cum s-a spus – în situația unei gestiuni de afaceri „anormale”, gerarea afacerii făcându-se de către însărcinat fără intenția de a gera¹⁰². Or, mai întâi, am face observația că, vorbindu-se despre o gestiune de afaceri „anormală”, fără intenția de a gera, însăși gestiunea de afaceri este distorsionată, creându-se încă o ficțiune juridică, prin contrazicerea evidentă sau ignorarea unui

nr. 292; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Droit civil. Obligations. 2. Contrat, 3^e éd., Litec, Paris, 1989, nr. 1811. În marginea exemplului dat, s-a opinat însă că neplata onorariului pentru educația copilului ar fi o îmbogățire prin evitarea unei cheltuieli: J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., nr. 39).

¹⁰⁰ Pentru repere doctrinare, a se vedea A.M. Romani, op. cit., nr. 7.

¹⁰¹ M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 752, p. 47.

¹⁰² Sub influența lui Demolombe, care a susținut această teorie, Curtea de Casație franceză a și profesat-o, între anii 1870-1890. Teoria gestiunii de afaceri anormale a fost susținută și de M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 752, îndeosebi p. 46.

concept fundamental din interiorul gestiunii de afaceri: intenția de a gera. Așa fiind, mai apoi, pe bună dreptate, s-a spus că acolo unde nu există intenția de a gera, nu există gestiune de afaceri¹⁰³. Dar mai ales, în cazul celor două surse de obligații – îmbogățirea fără titlu juridic și gestiunea de afaceri – «condițiile» și «efectele» lor sunt esențialmente diferite: în timp ce gerantul este integral indemnizat pentru cheltuielile necesare și utile făcute, însărcinatul nu primește totdeauna tot ceea ce a pierdut¹⁰⁴; gestiunea de afaceri presupune reciprocitatea obligațiilor, dar însărcinatul nu are nici o obligație corelativă celei aparținând îmbogățitului¹⁰⁵.

Considerăm așadar, în context, că mai ales două idei trebuie reiterate concludiv: instituția îmbogățirii fără titlu juridic – convențional sau legal – este una autonomă, iar *actio de in rem verso* este o veritabilă acțiune originală, suficientă sieși; ambele sunt construcții jurisprudențiale și ficționale, în afara normelor dreptului pozitiv, pentru a complini – poate discutabil – lacunele dreptului.

57.6. Aparența în drept, având la fundamentul acesteia adagiul *error communis facit ius*¹⁰⁶ – contiguu de altfel altor

¹⁰³ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., nr. 35.

¹⁰⁴ Am remarca însă că, potrivit art. 1490 din Codul civil al statului Québec, atunci când gestiunea a fost „inoportună”, restituirea se va face în limitele îmbogățirii celui gerat (Code civil du Québec. Civil Code of Québec, Baudouin-Renaud, 2002-2003, W & L).

¹⁰⁵ În sensul celor arătate, a se vedea, de asemenea, Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 5^e éd., Précis Dalloz, 1993, nr. 970. Autorii invocau și „spiritul diferit” al celor două instituții: teoria îmbogățirii fără titlu juridic are ca scop „restabilirea unui echilibru injust rupt între două patrimonii”, ea având un „fundament materialist”; gestiunea de afaceri „revelă un ideal mai înalt”, ea comportând cel mai adesea „intenția de a face un serviciu altuia”, un spirit altruist, am adăuga noi. Mai pe larg, precum și pentru alte deosebiri, a se vedea Ph. le Tourneau, Gestion d'affaires, în „Repertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 12 și urm., nr. 20 și nr. 90.

¹⁰⁶ Originea romană a adagiului a fost considerată discutabilă (M. Planiol, G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, avec le concours de M. Picard, t. III, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1927, nr. 245). Poate că întâmplarea ca un sclav să fi devenit pretor,

adagii¹⁰⁷ – constituie de asemenea una dintre cele mai spectaculoase construcții ficționale pe cale pretoriană. În pofida faptului că aparența în drept a devenit proteiformă, că ea a fost și este admisă în toate ramurile dreptului, devenind aproape un loc comun¹⁰⁸, nu există încă o dispoziție legală de principiu care să o consacre¹⁰⁹. Și

comentată de Ulpian, a inspirat glosatorii în formularea adagiului *error communis facit ius* (*Les Barbarius Philippus* – după numele sclavului – a fost apoi mereu invocată. Dar și o altă lege a lui Ulpian, *de petitione hereditas*, este menționată ca dovadă a teoriei aparenței în drept la romani). În orice caz, afacerea căsătoriilor din Montrouge, din 1883, a oferit jurisprudenței franceze prilejul acceptării adagiului și al postulării lui ca regulă generală (*J. Hauser, J.-J. Lemouland, Mariage*, în „Repertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VII, nr. 826). Se pare însă că, mai înainte, în 1815 s-a consacrat jurisprudențial teoria aparenței în drept.

¹⁰⁷ Bunăoară: *quod nullum est, nullum effectum producit; hoc enim humans est; nemo dat quod non habet; spoliatus ante omnia restituendis; error populi pro veritate habetur; ut hic et ius facit etc.*

¹⁰⁸ Aparența în drept este o veritabilă regulă de drept, o excepție generală de la regulile de drept, o sursă autonomă de obligații (pe larg, a se vedea *A. Danis-Fatôme*, *Apparence et contrat*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, nr. 619, 621, împreună cu ampla bibliografie și jurisprudență și cu trimiterile pentru dezvoltări la alte paragrafe). Pe scurt, aparența în drept este un mecanism jurisprudențial *contra legem*. Din acest motiv, unii doctrinari au opinat în sensul „subsidiarității” aparenței în drept (*ibidem*, nr. 557, 836).

¹⁰⁹ Asemenea dispoziții ar urma să se introducă în noul Cod civil: „(1) Când cineva, împărtășind credința comună și invincibilă, a crezut că o persoană are un anumit drept sau o anumită calitate juridică, instanța judecătorească, ținând seama de împrejurări, va putea hotărî că actul încheiat în această eroare va produce față de cel aflat în eroare aceleași efecte ca și când ar fi valabil, afară însă de cazul când desființarea lui nu i-ar pricinui nici o pagubă. (2) Eroarea comună și de neînlăturat nu se prezumă. (3) Dispozițiile prezentului articol nu sunt aplicabile în materie de carte funciară și în orice alte materii în care legea reglementează un sistem de publicitate”. Problema oportunității înscrierii aparenței în legea civilă ca o regulă generală a fost și este controversată (a se vedea *A. Danis-Fatôme*, op. cit., nr. 623 și urm.).

totuși, nimic n-a clintit forța adagiului, așa încât, paradoxal, în drept, uneori, în anumite condiții, ceea ce nu corespunde realității se consideră totuși adevărat. Ar fi vorba – cum s-a spus uneori, poate puțin emfatic – de „triumful realismului”, corespunzând idealului justiției și coerenței ordinii juridice, de punerea în acord *a posteriori* a faptelor cu exigențele juridice, de un corectiv la „mecanicismul normelor juridice”. În realitate, mecanismul aparenței în drept este mijlocul prin care, luând în considerare realitatea sau circumstanțele concrete, se asigură preeminența securității dinamice a raporturilor sociale și juridice față de securitatea statică. În sensul material al termenului, aparența este o situație ostensibilă, de ordinul evidenței, prin ea însăși (de exemplu, viciile lucrului vândut, posesia bunului, titlurile care constată creanțe și servesc pentru plata lor, adică efectele de comerț) sau prin exercitarea dreptului (de exemplu, servituțile aparente, posesia de stat). O persoană, fără a fi titular real al unui drept, îndeplinind un act juridic în această calitate – de fapt, fără a avea o calitate reală – actul își produce totuși efectele juridice, chiar împotriva titularului veritabil al dreptului, care, cel mult, eventual, se va putea prevala de inopozabilitatea actului¹¹⁰. Pare o bizarerie juridică, întrucât,

¹¹⁰ Asupra temei, a se vedea îndeosebi: *P. Arrighi*, *Apparence et réalité en droit privé*, thèse, Nice, 1974; *J. Calais-Auloy*, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, thèse, Montpellier, 1959; *F. Derida*, *J. Mestre*, *Apparence*, în „Repertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. I, nr. 1-133, împreună cu bibliografia și jurisprudența; *J. Ghestin*, *G. Goubeaux*, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3^e éd., L.G.D.J., 1990, nr. 770-802, p. 759-797, împreună cu aparatul bibliografic de la p. 760, nota nr. 6; *A. Danis-Fatôme*, *Apparence et contrat*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, *passim*; *J. Duclos*, *L'opposabilité*. (Essai d'une théorie générale), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1984, nr. 65 și urm., p. 92 și urm.; *Tr. Ionașcu*, *Curs de drept civil aprofundat*, Ed. cursurilor litografiate, București, p. 4 și urm.; *I. Dogaru* (coord.), *Drept civil. Idei producătoare de efecte juridice*, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 119 și urm.; *I. Deleanu*, *Aparența în drept*, în „Pandectele Române”, 2002, nr. 2, p. 251 și urm. În raport cu varietatea formelor în care înfățișează aparența, ni se pare nu doar utilă, ci chiar necesară gruparea acestor forme în: aparențe rezultând

astfel, sunt contrazise câteva principii de ordinul evidenței: cerința consimțământului propriu pentru a deveni titular al unui drept sau situații juridice, dar, mai ales, pentru a deveni subiect al unei obligații juridice; relativitatea efectelor convențiilor, cu alte cuvinte, circumscrierea acestora numai la sfera persoanelor care, efectiv, direct sau prin reprezentare, au participat la încheierea lor; *nemo dat quod non habet, nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*¹¹¹. În definitiv, „teoria aparenței pare contrară regulilor impuse de logica juridică, făcând să triumfe faptele asupra dreptului”¹¹². Nu poate surprinde deci refuzul consacrării aparenței în drept ca principiu general.

Aplicațiile practice ale adagiului, în situații expres prevăzute de lege, sunt destul de numeroase, mai ales în materie comercială. Dar, cum precizam într-un alt context, din însumarea pur și simplu a unor situații speciale și disparate nu poate să rezulte un principiu general¹¹³. Dimpotrivă, s-ar putea spune că tocmai

din forme ostensibile ale unui lucru; aparențe derivând din caracterul verosimil al unor situații, precum bunăoară în cazul prezumțiilor, și aparența înșelătoare, de natură să determine eroarea (a se vedea A. *Danis-Fatôme*, op. cit., nr. 7 și urm.). Prin unele dintre aceste forme, realitatea nu este ignorată sau contrazisă, ci ea este chiar îngroșată în contur. Interesează deci aparența înșelătoare. În fine, unele aparențe nu au semnificație juridică intrinsecă, precum aparența dreptului în cazul ordonanței președințiale.

¹¹¹ Asupra adagiilor, a se vedea I. *Deleanu*, S. *Deleanu*, Mică enciclopedie a dreptului. Adagii și locuțiuni latine în dreptul românesc, cit. *supra*, p. 234, 235.

¹¹² F. *Derida*, J. *Mestre*, op. cit., nr. 2.

¹¹³ S-a propus, uneori, extrapolarea sau generalizarea unor dispoziții speciale (de exemplu Ch. *Larroumet*, Droit civil, t. III, Les obligations, Le contrat, Economica, 5^e éd., 2003, nr. 175, p. 149). Bunăoară, ar fi susceptibile de extrapolare dispozițiile cu privire la revocarea mandatului, inopozabilă celor care n-au cunoscut-o, sau dispozițiile cu privire la moștenitorul aparent. Dar – cum s-a obiectat – extrapolarea unor „dispoziții speciale”, în principiu imposibilă prin chiar natura lor, ar fi o sursă de insecuritate juridică și totodată un procedeu inutil, dacă mecanismul aparenței semnifică el însuși și autonom o regulă generală de drept (A. *Danis-Fatôme*, op. cit., nr. 644, 645, 619-621).

existența doar a unor situații speciale implică ideea inexistenței unei reguli generale.

S-a considerat că aparența în drept constituie o „excepție”, o „derogare” de la instituția nulității¹¹⁴. Într-adevăr, în sens larg vorbind, ea este o excepție. Însă sub aspectul rigorilor de tehnică legislativă, în sens strict și tehnic-juridic este o excepție, expresă sau implicită, numai în situațiile de natura celor exemplificate, prevăzute de lege, iar excepțiile nu sunt susceptibile de extrapolare și, *a fortiori*, nu pot conduce la postularea unei reguli de drept de aplicație generală.

Aparența în drept, împreună cu consecințele juridice pe care ea le antrenează, este o ficțiune juridică – regulă de drept creată jurisprudențial.

De sorginte pretoriană și prezentând, în opinia unora¹¹⁵, un caracter „subsidiar”, pentru situațiile în care instanțele n-au putut invoca un alt criteriu sau un alt fundament pentru soluțiile lor, teoria aparenței și-a extins aplicația în toate ramurile dreptului. În esență, această teorie are la fundamentul ei – cum deja s-a putut reține – ideea că existența unor semne exterioare ostensibile este de natură să inculce terților credința în realitatea unei situații juridice, determinând, în condițiile prevăzute de lege, preeminența acelei situații față de realitatea juridică. Se tinde astfel la asigurarea securității dinamice operațiunilor juridice. Bunăoară: în cazul unui creditor aparent, al unui mandatar aparent, al unui moștenitor aparent, al simulației, al posesiunii, al unei societăți fictive, al transferului unor titluri nominative, al funcționarului de fapt etc. etc.¹¹⁶

¹¹⁴ Drept civil. Idei producătoare de efecte juridice, cit. *supra*, nr. 122.

¹¹⁵ Pentru observații critice, a se vedea A. *Danis-Fatôme*, op. cit., nr. 836 și urm.

¹¹⁶ Teoria aparenței nu trebuie asociată tuturor situațiilor în care legea însăși întrebuințează termenul „aparent”. Bunăoară, art. 622 alin. (3) C. civ. se referă la „servituți aparente”, cele care se recunosc prin semne exterioare; art. 1353 C. civ. spune că vânzătorul nu răspunde decât pentru viciile oculte ale lucrului vândut, nu însă pentru „viciile aparente” și de care cumpărătorul „a putut singur să se convingă” (de altfel, în ambele situații, elementele în discuție, în raport cu circumstanțele, pot fi aparente sau nu).

În principiu, domeniul de aplicare a teoriei aparenței este neli-mitat (la exemplele deja arătate, mai adăugăm tot ilustrativ capacitatea aparentă, căsătoria aparentă, domiciliul aparent, calitatea aparentă de comerciant, asociatul aparent, societatea aparentă)¹¹⁷.

În încercarea de a explica asemenea «aparente ciudățenii», opiniile au fost diferite¹¹⁸: *reprezentarea* titularului veritabil prin titularul aparent al dreptului; numai că titularul aparent n-are intenția de a reprezenta pe altul sau de a gera afacerile altuia, iar obligațiile ce derivă din actul juridic îndeplinit de el îi aparțin lui și numai lui; *simulația*, în temeiul căreia terții se pot prevala de o situație juridică creată printr-un act ostensibil; numai că simulația nu este decât un caz de aparență, iar tot ceea ce este aparent nu este în mod necesar simulat prin acordul intervenit între două persoane; *responsabilitatea* veritabilului titular al dreptului, fie pe temeiul riscului care rezultă din faptul că el este titular, fie al abuzului săvârșit de el prin nepunerea în valoare a dreptului ce-i aparține, așadar, pe temeiul răspunderii obiective care ar trebui să-i incumbe atât în prima variantă explicativă – «riscul» – cât și în cea de a doua – «abuzul» –, ajungându-se astfel nu doar la inventarea unei răspunderi obiective, dar mai ales la sancționarea tocmai a celui prin nimic vinovat de consecințele substituirii lui. Ideea unei «greșeli» din partea titularului dreptului, care, prin neglijarea exercitării dreptului său, a creat ambianța unei aparențe înșelătoare –

¹¹⁷ În general, doctrina și jurisprudența au considerat fie că în unele domenii mecanismul aparenței este cu totul exclus, pentru promovarea unor interese superioare (de exemplu, protecția incapabilului), ținând seama de natura actului (bunăoară, actele cu titlu gratuit) sau pentru combaterea fraudei (în cazul bunurilor mobile pierdute sau furate), fie că aplicarea acestui mecanism în unele domenii trebuie să se facă restrictiv sau aleatoriu (precum în cazul contractului cu un indivizar, un uzufructuar sau nud proprietar, cu un mandatar fără împuternicire scrisă, deși această formă era cerută). Pentru observații și argumente în favoarea largirii domeniului aparenței A. Danis-Fatôme, op. cit., nr. 705 și urm.

¹¹⁸ A se vedea, de asemenea, A. Danis-Fatôme, op. cit., nr. 29.

idee cultivată de o mare parte a doctrinei și a jurisprudenței¹¹⁹ – este nu numai la fel de discutabilă precum teza responsabilității obiective, dar și în vădită contradicție cu dreptul acestuia de a invoca inopozabilitatea. De altminteri, adeseori aparența își produce efectele fără să se poată imputa vreo greșală titularului dreptului¹²⁰.

Poate că mai aproape de mecanismul aparenței, fără însă a-l și fundamenta, s-ar afla alte două explicații: buna-credință sau echitatea, ca paleativ la rigiditatea regulilor dreptului; protecția terțului de bună-credință. Dar prima încercare de fundamentare poate aluneca spre justificarea arbitrariului jurisprudențial și, oricum, buna-credință este o condiție de admisibilitate a aparenței, nu însuși fundamentul acesteia; cea de-a doua variantă explicativă ignoră faptul că, uneori, cel care invocă aparența nu este un «terț», ci chiar partea contractantă. Într-o manieră considerată „realistă” și „pragmatică” s-a spus pur și simplu că la fundamentul aparenței se află insuficienta informare sau accesul inegal la informație¹²¹.

Dar numai aparența, căreia i se atașează consecințe juridice, nu este suficientă pentru aplicarea teoriei aparenței. Mai este necesar ca persoana să se afle într-o „eroare legitimă” – în care ar fi putut să se afle orice persoană rezonabilă, în aceeași situație – sau o „eroare comună”, invincibilă pentru orice persoană¹²².

¹¹⁹ Pentru exemplificări, a se vedea F. Derida, J. Mestre, op. cit., nr. 24, 25.

¹²⁰ Astfel cum s-a remarcat, aparența nu are nevoie de canalul responsabilității civile pentru a-și produce efectele juridice (J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., nr. 781, p. 770).

¹²¹ Pe larg, a se vedea A. Danis-Fatôme, op. cit., nr. 649 și urm.

¹²² Pe larg, a se vedea: J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., nr. 770 și urm., în special nr. 783; A. Weill, F. Terré, Droit civil. Introduction générale, cit. supra, nr. 16, p. 19, 20; J. Duclos, op. cit., nr. 65 și urm., p. 92 și urm., împreună cu aparatul bibliografic și jurisprudențial. În consens cu adagiul glasatorilor – *error communis facit ius* – eroarea trebuie să fie «comună», de «masă», «obiectivă»; nu însă și o eroare grosieră, așa încât este necesară introducerea unui element subiectiv în aprecierea erorii. Eroarea «legitimă» este o eroare individuală, concretă, fără a implica imposibilitatea dispărării aparențelor, ceea ce ar excede

Două sunt elementele constitutive imanente ale aparenței¹²³: un element material, comportând toate semnele exterioare ale unei situații juridice veritabile (a); un element psihologic, provocat prin eroarea comisă (b).

a) Titularul aparent al dreptului trebuie să exercite «în fapt» prerogativele care îndeobște derivă din acel drept. Sursele aparenței pot fi o măsură de publicitate, un act juridic sau unele împrejurări de fapt.

b) Elementul psihologic, asociat celui material, este credința eronată, o credință minimă și rezonabilă, apreciată în raport cu circumstanțele (de exemplu, calitățile profesionale ale terțului, timpul de reflecție). Anomaliile grosiere trebuie să stârnească suspiciunea terțului (de exemplu, dobândirea de către el a unui imobil prin act semnat numai de către unul dintre soți, deși cunoștea faptul că acesta este căsătorit, netrimiterea încă în posesie a moștenitorului legal nesezinar).

Dacă sunt întrunite condițiile „valorii indicative a faptelor”¹²⁴, cel care a acționat, crezând într-o aparență, trebuie tratat juridicește «ca și cum» acea aparență corespunde realității juridice. Faptele vorbesc ele însele, *res ipsa loquitur*, numai că ele nu spun adevărul. Protecția juridică se asigură prin combinarea a două tehnici derogatorii de la regulile obișnuite: inopozabilitatea situației oculte față de terțul indus în eroare prin aparență (a); extinderea efectelor

diligenței normale. După împrejurări, jurisprudența uneori înclină spre eroarea legitimă (de exemplu, în cazul mandatului aparent), alteori spre eroarea comună (de exemplu, în cazul proprietății aparente). Pentru unele observații cu privire la conceptele întrebuintate, a se vedea A. *Danis-Fatôme*, op. cit., nr. 882 și urm.

¹²³ F. *Derida*, J. *Mestre*, op. cit., nr. 34 și urm.

¹²⁴ J. *Ghestin*, G. *Goubeaux*, op. cit., nr. 794, p. 784. Valoarea indicativă a faptelor trebuie să se impună spontan, conducând la un „miraj comun”, astfel aparența deosebindu-se de indicii (*ibidem*, nr. 794, p. 784). Uneori, un fapt unic nu e suficient, fiind necesare «fapte acumulate», persistente, într-o anume durată, precum și îndeplinirea unor formalități (de exemplu, publicitatea, existența unui înscris).

obligatorii ale convenției încheiate de el față de veritabilul titular al dreptului aparent (b).

a) Dacă terțul a fost de bună-credință, iar eroarea sa este una dintre acelea «comune și invincibile» sau «legitime», veritabila situație juridică îi este inopozabilă, el fiind indus în eroare de o falsă realitate. Cum s-a spus – și putem prelua cele spuse, dar nu *à la lettre* – aparența „salvează un act juridic de la nulitate”¹²⁵. Un exemplu: revocarea anterioară a mandatului este inopozabilă contractantului cu mandatarul aparent. Reluăm precizările făcute în legătură cu mandatarul aparent, întrucât cuprind toate caracteristicile unei asemenea situații. În cazul mandatului aparent, deși lipsește voința mandantului de a fi reprezentat – mandatarul a depășit împuternicirea sau mandatul a încetat anterior ori nici n-a existat în realitate – „terții contractează cu credința scuzabilă, legitimă (deci fără vreo culpă, dar *nu neapărat eroare comună*) că mandatarul aparent are puteri de reprezentare”¹²⁶ [s.n.].

Totuși, «faptele» care permit să se considere că există un mandat aparent¹²⁷ nu sunt totdeauna ușor de decelat și de interpretat¹²⁸

¹²⁵ F. *Derida*, J. *Mestre*, op. cit., nr. 175, p. 162.

¹²⁶ A se vedea Fr. *Deak*, Contractul de mandat, în vol. „Contracte civile și comerciale”, de Fr. *Deak* și St.D. *Cărpenu*, Ed. „Lumina Lex”, București, 1993, p. 140.

¹²⁷ Într-o primă etapă, instanțele franceze au considerat că fundamentul teoriei mandatului aparent nu e altul decât greșeala mandantului, așa încât contractul îi este opozabil și lui îi incumbă responsabilitatea. Curtea de Casație franceză, printr-o decizie în plen, din 1962, a statuat însă că răspunderea mandantului poate fi angajată chiar în absența unei greșeli, dacă credința terților cu privire la întinderea puterilor mandatului a fost legitimă; caracterul legitim ar presupune ca circumstanțele să fi fost de natură să determine terțul să nu verifice realele puteri ale mandatului.

¹²⁸ De exemplu, natura operațiunii, personalitatea și profesiunea pretinsului mandatar, personalitatea terțului, mijloacele sau împrejurările operațiunii (folosirea hârtiei cu antetul mandantului, locul sau sediul unde s-a perfectat operațiunea etc.). În orice caz, nu e vorba nici de eroare comună, nici de greșeală (B. *Starck*, Droit civil. Obligations. 2. Contrat, Litec, 3^e éd., 1989, nr. 223-234, p. 96-100).

și, în orice caz, ele nu pot fi cuprinse pur și simplu în sintagma «eroare comună»¹²⁹.

Error communis facit ius – eroarea comună este creatoare de drept¹³⁰ – semnifică producerea unui fenomen paradoxal sau chiar surprinzător prin ilogismul lui: aparența dreptului se substituie dreptului însuși. Este neîndoiește un fenomen virtual periculos, dar practic necesar, în anumite circumstanțe și cu observarea câtorva condiții, pe care, de altfel, însăși sintagma *error communis* le sugerează:

– Eroarea comună nu este o eroare universală, dar ea trebuie să fie o eroare colectivă. Și nu apreciată după un criteriu «numeric», ci după unul «calitativ», în sensul că orice om prudent și diligent, aflat în aceeași situație, ar fi fost persuadat de aparențe;

– Victima persuasiunii trebuie să fi fost de bună-credință (eroarea colectivă să se realizeze așadar ca eroare individuală a celui cu adevărat neștiutor);

– Deși sintagma pare a admite numai eroarea de fapt, în realitate ea nu o exclude pe cea de drept.

Efectul erorii comune îl constituie validitatea actului sau a operațiunii juridice săvârșite în asemenea condiții, precum și a tuturor consecințelor juridice rezultate din acel act sau din acea operațiune (de exemplu, actele încheiate cu un tutore putativ, actele cu titlu oneros încheiate de terți de bună-credință cu titularul aparent al unui drept, actele încheiate cu un mandatar aparent, actele încheiate cu minorul care, prin mijloace dolosive, și-a creat o aparență de capacitate înșelătoare).

În ce ne privește – și din motive de moralitate, nu doar de «securitate dinamică» a situațiilor juridice – ne atașăm opiniei că,

¹²⁹ Principiul *error communis facit ius* n-a fost formulat ca atare în dreptul roman. Dar aceasta nu înseamnă că el n-a fost cunoscut și că n-a fost aplicat de romani (*hoc enim humanius est, error populi pro veritate habetur, ut hic et ius facit*).

¹³⁰ Traducerea adagiului nu este cu totul adecvată sensului real al acestuia: în realitate, prin «eroare comună» nu se «crează» o regulă de drept, ci se legitimează o invincibilă falsă reprezentare a realității.

sub aspectul efectelor arătate, interesează dacă actul terțului a fost făcut cu titlu oneros, un avantaj gratuit pentru acesta neputând justifica sancționarea veritabilului titular.

b) Inopozabilitatea situației oculte este completată – cum anticipam – cu extinderea efectelor obligatorii ale contractului încheiat de victima aparenței în detrimentul adevăratului titular al dreptului litigios. Practic, bunăoară, veritabilul proprietar, moștenitorul sau creditorul ori pretinsul mandant este «legat» printr-un act juridic la care el nu a consimțit. Dar care este natura acestei legături juridice?¹³¹ Este vorba de o «extindere» a efectelor obligatorii ale contractului litigios sau este vorba de «opozabilitatea» acestora? Determinarea caracterului «direct» sau «indirect» al efectelor răsfrânge pe seama veritabilului titular permite calificarea adecvată a acestei tehnici, căci, cât privește calitatea de terț a celui care suportă efectele, aceasta este incontestabilă¹³². Examinând o ipoteză, dintre multe altele, rezultă că suntem în prezența extinderii «directe» a efectelor, așadar, nu trebuie pusă în discuție «opozabilitatea» acestora, caracterizată esențialmente prin extinderea «indirectă» a efectelor unei operațiuni juridice față de terți¹³³. Dar, mai înainte, se impune o precizare de principiu: veritabilul proprietar, moștenitorul, creditorul sau pretinsul mandant nu este un «terț» asemenea celorlalți. Pe cale de consecință, el suportă «direct» efectele respectivei operațiuni juridice. Astfel, pentru executarea voluntară în natură a obligației, între alte condiții ale plății, art. 1096 C. civ. arată că aceasta trebuie să se facă creditorului sau împuternicitului său ori aceluia care a fost autorizat de lege sau de instanță să

¹³¹ S-a încercat procurarea unui răspuns prin referire la răspunderea civilă a veritabilului titular, invocându-se culpa acestuia prin faptul că a contribuit la nașterea sau întreținerea unui fapt înșelător. Dar, adeseori, nici o culpă nu poate fi reținută în sarcina acestuia.

¹³² J. Duclos, op. cit., nr. 67, p. 94.

¹³³ Totuși, așa s-ar putea înțelege din formularea ce urmează: „drep- turile dobândite de terți prin aplicarea teoriei aparenței sunt opozabile veritabilului titular al dreptului” [s.n.] (J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., nr. 800). A se vedea, pentru punctul de vedere opus, la care subscriem, J. Duclos, op. cit., nr. 69, p. 95-97.

primească pentru creditor. Dintre excepțiile prevăzute de lege, când totuși plata făcută altei persoane este «valabilă», aducem în atenție următoarele: plata făcută cu bună-credință posesorului creanței, care apare public ca fiind titularul acesteia, chiar dacă ulterior posesorul ar fi evins – art. 1097 C. civ.; când plata, deși a fost făcută unei alte persoane, aceasta a profitat creditorului. În ambele situații, este vorba de o plată «valabilă», care stinge obligația prin executare; și o stinge față de adevăratul creditor. Așadar, efectul plății se produce „direct” pe seama acestuia¹³⁴, deși, paradoxal – sau revoltător? – el n-a fost efectiv plătit. Nu este vorba de opozabilitate, ci de extinderea efectelor directe, din motive de securitate dinamică a operațiunilor juridice¹³⁵.

Raporturile dintre titularul aparent al dreptului și titularul veritabil depind de buna-credință a celui dintâi (a) sau de reaua lui credință (b).

a) Dacă titularul aparent a fost de bună-credință, crezând el însuși în realitatea dreptului său, făcându-se aplicarea art. 485 C. civ., el va păstra fructele dreptului sau ale bunului¹³⁶, dar va trebui să restituie veritabilului titular prețului bunului alienat;

b) Dacă titularul aparent a fost de rea-credință, se vor aplica regulile privitoare la posesorul de rea-credință. Neputând remite însuși bunul, el va restitui, pe lângă fructele acestuia, valoarea bunului apreciată în ziua rambursării și, eventual, va acoperi daunele-interese.

Conclusiv însă, la o temă abia schițată, în contextul acestei lucrări, să mai spunem încă o dată că «mecanismul aparenței în drept», ca regulă sau ca excepție generală, este o creație a jurisprudenței.

¹³⁴ A. Weill, F. Terré, Droit civil. Les obligations, cit. *supra*, nr. 991, p. 966, 967. Reglementarea din dreptul nostru este identică cu reglementarea cuprinsă la art. 1239-1240 din Codul civil francez.

¹³⁵ J. Duclos, op. cit., nr. 69, p. 97.

¹³⁶ Păstrarea fructelor ar fi însă mai degrabă efectul posesiunii, nu al aparenței.

57.7. *Daunele morale*. Ideea «daunelor morale» și, corelativ acesteia, ideea «reparării» unor asemenea «prejudicii», idei repudiate încă din Antichitate¹³⁷, au fost considerate multă vreme „șocante” și „ilogice”. În locul unor argumente, câteva retorice întrebări¹³⁸: cum să consideri că o valoare morală, nesusceptibilă de «distrugere» sau «deteriorare», poate fi totuși «reparată» prin echivalent bănesc?; cum să admiți că banii pot înlocui lacrimile, că suferința poate fi evaluată în bani, chiar în raport cu gradul ei de intensitate?; cum să admiți că durerea sufletească poate să înceteze sau poate deveni mai suportabilă în raport cu cuantumul îmbogățirii contului bancar?; care ar fi criteriile de evaluare mai ales a daunelor «pur morale» și îndeosebi a celor prin rigoare? etc. Paradoxul asocierilor pe care le implică ideile de la care am pornit a fost accentuat și prin extinderea uneori grosieră sau chiar hilară a «suferinței» și «afecțiunii» la situații precum pierderea unui animal, a unei cărți, a unui alt obiect de companie etc.

În fine, dificultăți în admiterea principiului reparării daunelor morale s-au ivit și ca urmare a imposibilității transpunerii întocmai a determinărilor prejudiciului material la prejudiciul moral¹³⁹: bunăoară, cum se va determina certitudinea prejudiciului?; cum se va putea proba – altfel decât prin prezumții simple, aducând în prim plan sensibilitatea judecătorului – existența durerii, a afecțiunii, a suferinței și intensitatea acesteia?

Și totuși, ideea daunelor morale și ideea reparării prejudiciului moral, abordate „*plus terre à terre*”¹⁴⁰, s-au impus ireversibil, atât

¹³⁷ Asupra istoriei dreptului la repararea prejudiciului moral, a se vedea H. Mezeaud, L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., t. I, par A. Tunc, Montchrestien, 1965, nr. 397 și urm.

¹³⁸ A se vedea, bunăoară Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil. Les obligations*, 2^e éd., Dalloz, 1982, nr. 572.

¹³⁹ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., nr. 141.

¹⁴⁰ Ph. le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Dalloz, 1982, nr. 572.

jurisprudențial¹⁴¹, cât și legislativ¹⁴², mai ales din următoarele motive: «dauna morală» este o realitate, care nu poate fi ignorată, minimalizată sau bagatelizată; «repararea» unei asemenea daune este posibilă, iar în unele situații o oarecare «satisfacție de substituere» există chiar în cazul prejudiciilor materiale care sunt reparate printr-o altă formă de compensare decât în natură (de exemplu, în cazul distrugerii sau deteriorării unui obiect unicat); repararea prejudiciului moral este un mijloc de a nu lăsa fără sancțiune conduite culpabile care n-au cauzat prejudiciu material sau, altfel zis, este o «pedeapsă privată» față de autorul faptei. Soluțiile jurisprudențiale și doctrinare chiar astfel argumentate sunt însă „logic și moral nejustificate”¹⁴³: aceste soluții sunt greu, dacă nu chiar imposibil de acceptat în cazul atingerilor aduse unor sentimente de afecțiune; dacă este vorba de o «pedeapsă privată», se exclude astfel repararea prejudiciului în ipoteze de responsabilitate fără culpă, precum și acțiunea în repararea prejudiciului exercitată de

¹⁴¹ Începând cu decizia Camerelor reunite ale Curții de Casație franceze din 25 iunie 1833. În jurisprudența noastră, anterior și ulterior Deciziei de îndrumare a Plenului Tribunalului Suprem nr. VII/1952, instanțele au acordat și acordă despăgubiri pentru daune morale.

¹⁴² De exemplu, art. 47-49 din Codul federal elvețian al obligațiilor, art. 253 din Codul civil german (BGB), art. 299 și art. 932 din Codul civil grec etc. Reglementările sunt însă extrem de variate, unele de principiu, altele restrictive (a se vedea *I. Albu, V. Ursa, Răspunderea civilă pentru daunele morale*, Ed. „Dacia”, Cluj-Napoca, 1979, p. 100 și urm.). Articolul 1132 din proiectul Codului civil oferă spre consacrare următoarele dispoziții: „(1) În caz de vătămare a integrității corporale sau a sănătății, poate fi acordată și o despăgubire pentru restrângerea posibilităților de viață familială și socială. (2) Instanța judecătorească va putea, de asemenea, să acorde despăgubiri ascendenților, descendenților, fraților, surorilor și soțului, pentru durerea încercată prin moartea victimei. (3) Dreptul la despăgubire pentru atingerile aduse drepturilor inerente personalității oricărui subiect de drept va putea fi cedat numai în cazul când a fost stabilit printr-o tranzacție sau printr-o hotărâre judecătorească irevocabilă. (4) Dreptul la acțiunea în despăgubiri nu trece la moștenitori; aceștia îl pot însă exercita, dacă acțiunea a fost pornită de defunct”.

¹⁴³ *J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux*, op. cit., nr. 140.

o altă persoană decât victima «directă», atunci când aceasta nu a decedat.

În țara noastră, potrivit unei etapizări a atitudinii jurisprudențiale și doctrinei față de ideea admisibilității reparării prejudiciilor morale, s-ar putea constitui următoarele perioade¹⁴⁴: etapa admiterii ca regulă generală a reparării bănești a daunelor morale (1865-1944); etapa admiterii reparării bănești a daunelor morale și a obiecționării doctrinei a acestei practici (1944-1952); etapa neadmiterii reparării bănești a daunelor morale (1952-1965)¹⁴⁵; etapa reorientării spre repararea bănească a daunelor morale (după 1965). Această ultimă etapă continuă cu consecvență prin practica instanțelor judecătorești, chiar în lipsa unui text de principiu¹⁴⁶,

¹⁴⁴ A se vedea *I. Albu, V. Ursa*, op. cit., p. 165 și urm.

¹⁴⁵ Decizia de îndrumare a Plenului Tribunalului Suprem nr. VII din 29 decembrie 1952, una dintre deciziile cele mai «îmbibate» politic ale instanței supreme, a pus capăt hotărât practicii unor instanțe penale de a acorda despăgubiri pentru prejudicii de ordin moral, practică opusă „principiilor fundamentale ale legislației socialiste”, incompatibile cu „ideea burgheză a transformării într-o sumă de bani a suferinței morale și a speculării unui prejudiciu moral, ca mijloc de îmbogățire”. Chiar în ambianța acelor principii „ideologice și morale ale societății socialiste” s-a susținut și argumentat teza reparării bănești a daunelor morale (pe larg, a se vedea *I. Albu, V. Ursa*, op. cit., p. 248 și urm.). Acum, această teză este unanim admisă, cu unele inerente sau necesare nuanțări. A se vedea, de exemplu: *C. Jugastru, Repararea prejudiciilor nepatrimoniale*, Ed. „Lumina Lex”, București, 2000, *passim*; *I. Urs, Repararea daunelor morale*, Ed. „Lumina Lex”, București, 2001, *passim*; *C. Vintilă, C. Furtună, Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. ALL Beck, București, 2002, *passim*.

¹⁴⁶ Articolul 52 alin. (3) din Constituție cu privire la răspunderea statului și a magistraților pentru „prejudiciile” – de orice fel [n.n.] – cauzate prin erorile judiciare și art. 998 C. civ. care obligă la repararea „prejudiciului” cauzat altuia, indiferent de natura acestuia, sunt desigur texte, așa-zicând «încăpătoare», dar nu explicite. Unele însă dintre mai noile reglementări în procedura penală sunt neîndoiește semnificative sub aspectul admisibilității acțiunii pentru repararea daunelor morale: art. 17 alin. (2)-(3), art. 20 alin. (2)-(3) C. proc. pen., astfel cum au fost modifi-

instanțele – spre meritul lor – «construind» și în acest domeniu ficțiuni juridice, admisibile și utile¹⁴⁷.

Într-o definiție negativă, dauna morală este aceea care nu aduce atingere patrimoniului; în sens «pozitiv» și abstracție făcând de diversitatea daunelor morale și de diversele forme de obiectivare ale acestora, dauna morală exprimă o «suferință» a victimei sau a persoanelor apropiate acesteia, în cazul așa-ziselor daune morale prin ricoșeu; ea este strict personală.

Natura daunei morale este de regulă delictuală, dar ea poate fi și contractuală sau derivată din raporturi de familie.

O clasificare a daunelor morale, fără implicații practice, poate fi făcută, dar ea însăși n-ar fi decât relativă, căci, bunăoară, suferința «fizică» semnifică și un «prejudiciu moral», incapacitatea de a munci este un prejudiciu «material», deși nici un lucru nu a fost distrus sau deteriorat, prejudiciul estetic este unul pur moral, dar lui i se pot asocia și consecințe economice. De altfel, în cazul «prejudiciilor corporale», uneori consecințele economice sunt imediate și patente, ușor și riguros determinate; alteori astfel de prejudicii antrenează aleatoriu consecințe economice, dificil de determinat. În fine, să mai adăugăm că unele dintre daunele morale pot viza și persoane juridice.

Cromatică daunelor morale este extrem de bogată: daune morale corelative protecției numelui și a accesoriilor acestuia (uzurparea numelui, întrebuițarea lui ca pseudonim, utilizarea lui printr-un omonim, utilizarea lui într-o creație artistică, în scop mercantil), protecției vieții private (inclusiv a dreptului la imagine, la vocea proprie), protecția onoarei, a dreptului moral de autor, a

cate prin Legea nr. 281/2003, art. 504 și urm. C. proc. pen. pentru repararea pagubei materiale sau a daunei morale în cazul condamnării pe nedrept sau al privării ori restrângerii de libertate în mod nelegal, astfel cum au fost modificate prin aceeași lege, publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 468 din 1 iulie 2003.

¹⁴⁷ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., nr. 139; Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., nr. 247; Chr. Lopoyade Deschamps, Domages et intérêt, în „Repertoire de droit civil”, t. V, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 225, 226.

memoriei defunctului, protecția sentimentelor de afecțiune (*pretium affectionis* sau *solatium doloris*), protecția integrității corporale a persoanei (*pretium doloris*, prejudiciul estetic sau *pretium pulchritudinis* ori «prețul frumuseții», prejudiciul sexual sau *pretium sexuelle*, prejudiciul juvenil sau *pretium inventutis*), prejudiciul rezultat din contaminarea cu HIV, prejudiciul de agrement, atingerile aduse altor sentimente (pudorii), unor credințe sau idei etc. etc.

Inutilă încercarea de a cuprinde toate posibilele daune morale sau de a le tipologiza după criterii *ab initio* artificiale și penetrabile.

Mai important ni se pare ca măcar să evocăm câteva dintre temele juridice polarizate în jurul daunelor morale. În cazul daunelor materiale prin repercusiune sau prin ricoșeu¹⁴⁸ – atunci deci când consecințele atingerilor aduse integrității, atributelor sau valorilor unei persoane se răsfrâng și asupra altora, din rândul celor apropiați acesteia – stăruie problema de a stabili cercul persoanelor îndreptățite la repararea daunelor¹⁴⁹, la repararea unui «prejudiciu propriu» acestor persoane. Jurisprudența franceză, după ce, un timp, a condiționat indemnizarea de proba lezării unui interes legitim și juridic protejat, a revenit la poziția sa inițială, solicitând ca prejudiciul invocat să fie cert. Ceea ce înseamnă că sunt îndreptățiți la indemnizare „creditorii alimentari” și cei care s-au bucurat din partea victimei de o „asistență benevolă”. Dintr-o asemenea perspectivă, concubina a fost considerată îndreptățită la

¹⁴⁸ Pe larg, a se vedea monografiile în materie: Y. Lambert-Fairre, De la responsabilité encourue envers les personnes autres que la victime initiale: le problème dit du dommage par ricochet, Thèse, Lyon, 1959; J. Dupichot, Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle, préface J. Flour, L.G.D.J., 1969.

¹⁴⁹ Exemplul la îndemâna oricui este cel al unui accident mortal care privează de resurse pe toți cei aflați în întreținerea victimei. Instanțele franceze s-au confruntat însă cu situații mult mai complexe, la limita ineditului: asociatul victimei.

obținerea daunelor morale, în condițiile unui concubinaj stabil și de durată¹⁵⁰.

Jurisprudența noastră și-a stabilit criterii apropiate și rezonabile: cei care au dreptul la pensia de urmaș¹⁵¹, cei care primeau efectiv întreținere de la defunct, cu un caracter de stabilitate, sau ar fi putut primi o asemenea întreținere, în limitele prevăzute de art. 86-96 C. fam.¹⁵² și de art. 13 din O.U.G. nr. 26/1997.

Problema este însă mult mai complicată în ipoteza daunelor morale. Cine este titularul acțiunii pentru eventuala reparare a unor asemenea daune? Cert este dintr-un început faptul că reclamantul nu trebuie să dovedească existența prejudiciului, iar starea afectivă a altei persoane, apropiată victimei, nu poate fi decât prezumată. Cercul persoanelor considerate ca afectate este însă mult mai larg decât cercul persoanelor care ar avea un interes pecuniar. Jurisprudența franceză de după anul 1970 a promovat o concepție liberală, în sensul că orice persoană care justifică sentimente serioase de afecțiune poate invoca prejudicierea ei morală¹⁵³.

Practica a demonstrat însă că, în afara rudelor și a afinelor, au exercitat acțiuni pentru repararea daunelor morale persoanele aflate în situații «prefamiliale» sau «parafamiliale». Așadar, nelimitat în

¹⁵⁰ S-ar putea desigur spune că o simplă situație de fapt – concubinajul – nu poate fi generator de drepturi. Dar astfel, raționamentul ar fi excesiv geometric, făcând cu totul abstracție de libertatea subiectelor de drept. De altminteri, chiar sub «presiunea» jurisprudenței se tinde la consacarea concubinajului ca situație de drept. Ar rămâne totuși discutabil «concubinajul adulterin».

¹⁵¹ Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 212/1956, în „Culegere de decizii”, 1956, p. 329; decizia nr. 461/1970, în „Revista română de drept”, 1970, nr. 11, p. 151; decizia nr. 132/1956, în „Culegere de decizii”, 1956, p. 325.

¹⁵² Trib. Suprem, secția penală, decizia nr. 943/1978, în „Culegere de decizii”, 1978, p. 177.

¹⁵³ A se vedea J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., nr. 147.

drept, cercul persoanelor care au exercitat asemenea acțiuni s-a autolimitat în fapt¹⁵⁴.

Există totuși riscul unor acțiuni concurente. Dacă se consideră că „repararea” prejudiciului moral are caracterul unei „pedepse private” pentru lezarea sentimentelor de afecțiune¹⁵⁵, atunci nu interesează atât daunele-interse, cât mai ales «sanctiunea», care, o dată aplicată, autorul acțiunii dobândește satisfacție, iar pentru aplicarea sancțiunii o ierarhie a cererilor poate fi stabilită: soțul supraviețuitor, copiii, ascendenții, rudele mai îndepărtate etc.

În cazul daunelor morale provocate prin rigoșe, fără să se fi produs decesul victimei, uneori instanțele au admis acțiunile în «repararea» «prejudiciului moral», altele însă le-au respins¹⁵⁶: în fond, dacă obligarea la repararea unui asemenea prejudiciu are semnificația unei „pedepse private”, aceasta n-ar putea aparține unei alte persoane decât victimei „directe”¹⁵⁷; ideea de «reparație» conduce la aceeași concluzie, despăgubirea acordată victimei inițiale sub titlu de prejudiciu moral rezolvând deja acoperirea prejudiciului și înlăturând «sursa» rigoșei. Într-un limbaj sibilinic, criptic și cinic așa ar fi să fie, dar moralmente raționamentul rămâne condamnat și instanțele nu l-au urmat.

În ipoteza în care există alte drepturi ale victimei în legătură cu prejudiciul ce i-a fost cauzat, în principiu se poate concluda că, pentru repararea integrală a prejudiciului, victima poate cumula acțiunile ce îi stau la dispoziție, iar debitorul dintr-o astfel de

¹⁵⁴ J. Dupichot, op. cit., nr. 181, 187. Rezoluția Consiliului de Miniștri al Consiliului Europei din 14 martie 1975, deși restrictivă, ni se pare rezonabilă. Ea vizează „apropiații victimei” (soț, logodnic, părinți, copii), dacă au avut legături strânse de afecțiune cu victima. Și, întrucât afecțiunea nu are ea însăși relevanță juridică, urmează să se aprecieze mai ales „tulburările intervenite în viața cotidiană”, privațiunile sau servituțiile la care este constrânsă persoana afectată.

¹⁵⁵ *Ibidem*, nr. 175.

¹⁵⁶ Pentru jurisprudență și considerente, a se vedea J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., nr. 149.

¹⁵⁷ J. Dupichot, op. cit., nr. 211.

acțiune poate exercita acțiunea în regres împotriva aceleia care, direct sau indirect, este autorul faptei de prejudiciere¹⁵⁸.

57.8. *Nemo auditur propriam turpitudinem.* Jurisprudența a făcut și face aplicarea unui alt adagiu, chiar dacă nu-l invocă în *terminis* și chiar dacă, ceea ce este esențial în context, spre deosebire de alte legislații – de exemplu, cea germană, elvețiană, italiană – legea însăși nu l-a consacrat printr-o regulă de drept: nimeni nu poate alege propria turpitudine – *nemo auditur propriam turpitudinem*¹⁵⁹. Sensul adagiului – ficțiune jurisprudențială regulă de drept – implică dintr-un început o precizare: acela care a încheiat un contract ilicit sau imoral nu e privat de dreptul de a invoca nulitatea, îndeosebi pe cale de excepție, pentru a refuza executarea angajamentelor sale; ceea ce i se refuză este numai dreptul de a obține repetițiunea prestațiilor executate¹⁶⁰. Acest adagiu nu poate fi disociat de un altul: *in pari causa turpitudinis, cessat repetitio* – la egalitate de turpitudine, dreptul la repetițiune dispăre.

Aplicarea adagiului *nemo auditur* antrenează efecte paradoxale, între care: bulversarea efectelor normale ale nulității; consacrarea unei in justiții, întrucât una din părțile convenției conservă

¹⁵⁸ În acest sens s-ar putea invoca și dispozițiile art. 22 și ale art. 38 din Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările în România, „Monitorul Oficial al României”, nr. 303 din 30 decembrie 1995.

¹⁵⁹ Asupra adagiului, a se vedea: Ph. Le Tourneau, *La règle Nemo auditur propriam turpitudinem*, thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1970, împreună cu aparatul bibliografic complet pentru acea dată; H. Roland, L. Boyer, *Locution latin et adages du droit français contemporain*, III, Adages, M à Z, Éditions L'Hermès, 1979, p. 88 și urm.; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations*. 1. L'acte juridique, 9^e éd., Armand Colin, 2000, nr. 369 și urm.; I. Dogaru (coord.), *Drept civil. Idei producătoare de efecte juridice*, Ed. ALL Beck, București, 2002, nr. 832 și urm., inclusiv reperele doctrinare și jurisprudențiale din aceste lucrări. Urmează însă să se observe că, în materia nulității actelor de procedură, art. 108 alin. ultim C. proc. civ. consacră adagiul în discuție, precizând că: „Nimeni nu poate invoca neregularitatea pricinuită prin propriul său fapt.”

¹⁶⁰ Ph. Le Tourneau, op. cit., nr. 81 și urm.

beneficiul prestației realizate, îmbogățindu-se astfel fără justă cauză; validarea implicită a unui contract care, altfel, ar fi indiscutabil repudiabil.

Și totuși, în pofida rezervelor unei părți a doctrinei¹⁶¹, instanțele franceze, ca și cele române¹⁶², l-au profesat și îl profesează, uneori însă fără coerență sau fără rigoare logică, nefăcându-se o distincție clară între ilicit, ilegal și imoral.

Domeniul aplicabilității adagiului este relativ restrâns; el nu are nici o înrăurire în raporturile de familie, nici în materia drepturilor reale, nici în materie delictuală. Se aplică însă în cazul obligațiilor izvorâte dintr-un contract, cu condiția satisfacerii exigențelor celui-lalt adagiu: *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, când ambele părți sunt inegal culpabile¹⁶³. De asemenea, în materia liberalităților s-a admis și se admite că donatorul poate cere anularea liberalității consimțită pentru o cauză imorală, impunând persoanei gratificate restituirea bunului¹⁶⁴; caracterul de ordine publică al nulității absolute trece înaintea principiului potrivit căruia nimeni nu poate invoca propria sa turpitudine.

¹⁶¹ S-a spus, bunăoară, că legea nu face nici o deosebire între situațiile când obligația este fără cauză și cele când ea se întemeiază pe o cauză falsă sau ilicită; regula romană nu este înscrisă în nici o prevedere a legii.

¹⁶² De exemplu: Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr. 144/1983; decizia nr. 1416/1981; Trib. jud. Hunedoara, decizia civilă nr. 193/1988, în „Revista română de drept”, 1988, nr. 20, p. 68.

¹⁶³ În sensul că nici într-o asemenea situație acțiunea în repetițiune nu este admisibilă, a se vedea D. Cosma, *Teoria generală a actului civil*, Ed. Științifică, București, 1969, p. 352, întrucât nedemnitatea *solvendus* justifică prin ea însăși, independent de aceea a *accipiendus*, inadmisibilitatea acțiunii. În orice caz, aprecierea gradelor respective de turpitudine explică empirismul soluțiilor jurisprudențiale (Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 5^e éd., Précis Dalloz, 1993, nr. 405).

¹⁶⁴ Instanțele n-au aplicat niciodată adagiul în cazul actelor cu titlu gratuit (Ph. Le Tourneau, op. cit., nr. 76 și urm.). La ce bun de altfel s-ar anula o donație imorală dacă donatorul ar conserva totuși ceea ce a primit?

O «primă a denunțării» este uneori recunoscută prin rarele excepții prevăzute expres de lege de la aplicarea adagiului *nemo auditur propriam turpitudinem* (bunăoară, în caz de mită sau, în reglementarea franceză, în cazul simulației pentru fraudarea legii, în special simulația prețului).

Dezavantajele adagiului sunt precumpănitoare față de avantaje; „refuzul repetițiunii fiind moralmente și socialmente șocant”. Doar „funcția preventivă” poate justifica, într-o anumită măsură, rațiunea de a fi a adagiului: în perspectiva refuzului repetițiunii, părțile sunt de la început disuadate să încheie un contract imoral; dacă această măsură de prevenție a eșuat, ele sunt disuadate de a-l executa¹⁶⁵.

Interesează însă în context și concludiv faptul că nici o normă a dreptului nu consacră cele două adagii ca reguli, în principiu, de aplicație generală. Este meritul – sau poate vina? – instanțelor de a fi receptat adagiile în discuție, proiectându-le ficțional ca reguli de drept.

57.9. *Exceptio non adimpleti contractus*¹⁶⁶, în pofida sorgintei pe care o evocă, n-a fost consacrată ca atare în dreptul roman. Doar în materie de vânzare, vânzătorul nu putea fi constrâns să remită lucrul atâta timp cât prețul nu i-a fost plătit, iar cumpărătorul putea să opună vânzătorului *exceptio mercis non traditae* sau excepția de dol, atunci când lucrul nu i-a fost remis. Chiar după admiterea excepției *non adimpleti contractus*, sub influența dreptului

¹⁶⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., nr. 371.

¹⁶⁶ A se vedea: R. Cassin, De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de retention, la compensation et la résolution, thèse, Paris, 1914; J.-F. Pillebout, Recherches sur l'exception de d'inexécution, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971; C. Malecki, L'exception d'inexécution, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, apud J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, Traité de droit civil. Les effets du contrat, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, nr. 355; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, Précis Dalloz, 5^e éd., 1993, nr. 609 și urm.; Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil. Les obligations, 2^e éd., Éditions Cujas, 1990, nr. 721 și urm.

canonic, un declin al acesteia s-a înregistrat prin invocarea cu preferință a dreptului de retenție, compensație și a cererii reconvenționale în caz de creanțe reciproce. Pothier enunță însă principiul excepției de neexecutare, dar numai cu aplicație specială, fără să i se precizeze fundamentul și fără să i se atribuie un regim juridic autonom și general.

Exceptio non adimpleti contractus are la bază ideea unei conexități juridice în raporturile sinalagmatice. Excepția este un mijloc de apărare a uneia dintre părțile unui astfel de raport, în cazul în care i se solicită executarea obligației ce-i incumbă, fără ca partea care pretinde această executare să-și fi îndeplinit propria¹⁶⁷ obligație. Excepția oferă o soluție temporară, partea care o invocă obținând, fără necesitatea unei prealabile puneri în întârziere și fără intervenția instanței judecătorești¹⁶⁸, o suspendare a executării propriilor obligații, până la momentul în care cealaltă parte își respectă obligațiile corespunzătoare.

Temeiul invocării excepției *non adimpleti contractus* îl constituie așadar simultaneitatea executării obligațiilor – dacă părțile nu au convenit altfel –, nu împrejurarea – cum s-a susținut cândva în doctrină și jurisprudență – că fiecare obligație este cauza juridică a celeilalte, întrucât cauza – cum ne spune art. 966 și urm. C. civ. nu vizează decât formarea contractului, iar sancțiunea ei este nulitatea – existând în mod valabil la încheierea contractului, nu dispăre mai apoi pentru a justifica neexecutarea acestuia. De altminteri, așa cum s-a observat, în cazul neexecutării parțiale a contractului sau în cazul executării lui defectuoase, nu se poate vorbi de absența

¹⁶⁷ Aceluia căruia i se cere executarea obligației, el răspunde: „donnant donnant”, „trait pour trait”, „droit pour droit” (Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., nr. 721).

¹⁶⁸ Fiind un simplu refuz de executare, acesta nu implică nici intervenția judecătorului, nici punerea în întârziere. S-a considerat însă, izolat, atât în jurisprudență, cât și în doctrină că nesubordonarea excepției punerii prealabile în întârziere ar conduce la „aplicarea grosieră și masivă a legii talionului”. Cum însă subtil s-a precizat, punerea în întârziere este specifică „acțiunii”, nu unei excepții sau unui mijloc de apărare.

cauzei, ci de o apreciere *a posteriori* independentă de cauza contractului¹⁶⁹. Oricum, prin recurs la teoria cauzei, excepția ar urma să se aplice strict numai la contractele sinalagmatice.

Nici o dispoziție din Codul civil nu consacră *in terminis* excepția de neexecutare a contractului, aceasta putând fi doar dedusă din unele reglementări ale legii civile (art. 1322 și 1362 în materie de vânzare sau, în aceeași materie, art. 1323 și 1364; art. 1619 C. civ., în materie de depozit). Și totuși, jurisprudența a convertit excepția *non adimpleti contractus* într-o regulă generală, aplicabilă nu numai contractelor sinalagmatice perfecte, ci și contractelor sinalagmatice imperfecte; ba chiar și în alte situații, precum în cazul restituirii prestațiilor reciproce ca urmare a anulării sau rezoluțiunii unui contract sinalagmatic. Îndeosebi în dreptul comercial, *exceptio non adimpleti contractus* are un caracter cominatoriu de o eficiență aparte. Excepția *non adimpleti contractus* a fost aplicată și în simple raporturi sinalagmatice, în absența unui contract (bunăoară, în cazul gestiunii de afaceri) sau în obligații legale conexe chiar extrapatrimoniale¹⁷⁰.

Jurisprudența și doctrina au configurat totodată autonomia excepției de neexecutare a contractului în raport cu alte instituții învecinate. Astfel, cât privește rezoluțiunea, aceasta nu este o formă de „justiție privată” și, în principiu, ea se pronunță pe cale judiciară. Pe de altă parte, ea antrenează stingerea retroactivă a raportului contractual. Cât privește compensația, aceasta constituie un mod de stingere a obligației. Uneori, excepția de neexecutare este prealabilă compensației¹⁷¹.

¹⁶⁹ B. Starck, Droit civil. Obligations. 2. Contrat, 3^e éd., H. Roland, L. Boyer, Litec, 1989, nr. 1632 și urm.

¹⁷⁰ Pentru situația procedurii de divorț, a se vedea A. Bénabent, La famille, Litec, 9^e éd., 2000, nr. 178.

¹⁷¹ J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, op. cit., nr. 365-367. Urmează, de asemenea, a se observa că lichiditatea creanțelor este o condiție a compensației, nu însă și a excepției de neexecutare, care este doar o măsură provizorie (*ibidem*, nr. 384).

Mai dificilă pare a fi delimitarea excepției de neexecutare a contractului de dreptul de retenție.

Excepția de neexecutare și dreptul de retenție au domenii de aplicare proprii. Totuși, nu există nici un inconvenient pentru aplicarea cumulativă sau distributivă a acestor două mecanisme ori de câte ori acest lucru este posibil și conform intereselor celui care le invocă¹⁷².

Ca măsură defensivă și esențialmente provizorie, astfel cum rezultă din jurisprudență și doctrină, excepția de neexecutare trebuie să întrunească două condiții: ea presupune existența unor obligații reciproce exigibile; buna-credință a celui care o invocă. Prin definiție, excepția presupune că acela care o exercită este efectiv debitor al unei obligații exigibile și că el nu are un alt motiv de refuz al executării proprii obligații decât refuzul celeilalte părți de a-și executa obligația corelativă¹⁷³. Totodată, ca formă de justiție privată și ca modalitate de constrângere a celeilalte părți, excepția de neexecutare presupune buna-credință a celui care o invocă¹⁷⁴ și, în subsidiar, un anume grad de gravitate a faptului neexecutării și necesitatea unui echilibru între neexecutările obligațiilor contractuale.

Între părți, efectele excepției de neexecutare constau în suspendarea executării prestației celui care o invocă, „ca și cum ar beneficia de un termen”¹⁷⁵, iar dacă obiectul prestației îl constituie un lucru, excepția implică retenția lucrului. Față de terți, excepția este opozabilă, dacă pretențiile acestora derivă din contract (bunăoară, atunci când terțul exercită acțiunea oblică)¹⁷⁶.

Excepția de neexecutare a contractului atestă așadar – și ea – contribuția jurisprudenței – și a doctrinei – la cristalizarea și postularea unei *reguli generale de drept*, în lipsa chiar a unei dispoziții

¹⁷² *Ibidem*, nr. 374.

¹⁷³ *Ibidem*, nr. 377.

¹⁷⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Laquette, op. cit., nr. 617. „Mijloc de presiune, excepția de neexecutare nu trebuie să devină un mijloc de șantaj”.

¹⁷⁵ *Ibidem*, nr. 619.

¹⁷⁶ *Ibidem*, nr. 620.

legale de principiu în acest sens. Din acest motiv, ea poate fi considerată regulă ficțională, unanim însă acceptată, aidoma unui «principiu natural».

57.10. Dreptul de retenție nu a fost reglementat – nici el – printr-o dispoziție de principiu și sub titlul unei instituții juridice autonome de Codul civil român¹⁷⁷, acesta cuprinzând doar unele prevederi dispartate și fragmentare cu privire la retenție, insuficiente însă și fără suficientă coerență pentru elaborarea unei teorii generale având ca obiect dreptul de retenție.

Jurisprudența și doctrina au excelat și în acest domeniu, oferind elemente substanțiale pentru articularea unei asemenea teorii, chiar dacă «edificarea» ei nu este încă terminată¹⁷⁸.

În acest context, interesează mai ales faptul că, chiar în lipsa unei dispoziții de principiu, dreptul de retenție a fost cristalizat,

¹⁷⁷ O dispoziție generală, de principiu, nu cuprinde nici Codul civil francez, imitându-l și sub acest aspect. Dar cuprinde o asemenea dispoziție, bunăoară, codul german, codul elvețian și, mai recent, Codul civil din Québec (art. 1592-1593, alături de excepția neexecutării contractului).

¹⁷⁸ Asupra instituției dreptului de retenție, a se vedea îndeosebi: F. Derrida, *Rétention*, în „Répertoire de droit civil”, t. IX, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 1-138; J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, *Droit commun des sûretés réelles*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, nr. 49 și urm. Pentru o sinteză a doctrinei și a jurisprudenței, a se vedea de asemenea: C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, *Restitutio*, vol. II, Ed. ALL, București, 1998, nr. 1830 și urm.; D. Alexandresco, *Dreptul civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, t. X, Atelierele Grafice Soccec & Co., București, 1911, p. 343 și urm.; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. ALL, București, 1992, p. 385 și urm.; L. Pop, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. „Lumina Lex”, București, 1998, p. 451 și urm.; I. Dogaru, P. Drăghici, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Științifică, București, 1999, p. 522 și urm.; *Idem*, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 536 și urm. Aducem în atenție și substanțialele adnotări semnate de B. Scondăcescu, G. Pherekude, O. Sachelarie în „Pandectele Române”, 1943, p. 22 și urm., p. 145 și urm., 1939, p. 81 și urm.

pretorian și doctrinar, ca o instituție juridică distinctă, complexă și cu multiple implicații și semnificații.

Delimitarea dreptului de retenție de alte instituții aflate în preajma lui va fi de natură să accentueze concluzia autonomiei și a specificității acestuia.

La modul cel mai general și lapidar, retenția constă în afectarea¹⁷⁹ în mâinile creditorului chiar a obiectului propriei sale datorii.

În esență și valorizând dimensiunea echității, retenția – ca și compensația – exprimă moralizator ideea că nu e cinstit să pretinzi ceea ce ești dator să restitui – *dolo iacit, qui petit quod redditum est*.

Așadar, în anumite condiții și independent de orice garanții exprese, detentorul unui lucru și *a fortiori* posesorul unui lucru aparținând altuia poate să rețină acel lucru până la plata integrală a datoriei.

Așa prezentând retenția, s-ar părea că ea însăși este o garanție reală, astfel fiind de altminteri îndeobște analizată. În realitate, dreptul de retenție nu conferă creditorului o „putere de a acționa”, ci o „putere de inerție”, specifică situației detentorului, un „drept de exprimare pasivă”, un „drept de exprimare negativă”, o „putere de a spune nu”, de a refuza restituirea lucrului și de a se sustrage de la concursul cu ceilalți creditori¹⁸⁰. Exercitându-se pe cale de excepție, dreptul de retenție se aseamănă cu *exceptio non adimpleti contractus* – fără să se identifice însă cu aceasta –, excepție care, de asemenea, nu este o garanție reală. Nu este o garanție nici compensația, așa încât nici pe calea unor asemănări cu aceasta nu s-ar putea ajunge la concluzia că dreptul de retenție este o garanție reală.

Forma pasivă de exprimare a dreptului de retenție are ca și consecință absența dreptului de preferință, dar eficacitatea retenției

¹⁷⁹ În general, garanția accesorie unui raport de obligație combină afectarea cu dreptul de a acționa. Dreptul de retenție prezintă unele similitudini cu garanțiile reale, el semnificând o tehnică specifică de afectare a bunului altuia în serviciul unei creanțe. Astfel privit, dreptul de retenție este un drept real indivizibil – „întregul lucru și pentru întreaga creanță”.

¹⁸⁰ J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, op. cit., nr. 72 și urm.

este asigurată prin dreptul de nonconcurs în raport cu ceilalți creditori ai aceluiași debitor. Cum s-a spus, noțiunea de «garanție» exprimă mai degrabă efectul procurat prin dreptul de retenție, nu esența naturii acestuia¹⁸¹.

Exercitându-se pe cale de excepție, dreptul de retenție a fost suprapus sau redus la excepția de neexecutare a contractului, unele texte legale sprijinind un asemenea demers¹⁸². Corelația între pretențiile reciproce dintr-un contract comutativ poate fi așezată la fundamentul dreptului de retenție. Diferențele dintre cele două instituții sunt însă evidente: domeniul retenției poate fi reperat și pe teren extracontractual; obiectul excepției *non adimpeti contractus* nu este în mod necesar material; dreptul de retenție este indivizibil; excepția de neexecutare se mărginește la părțile contractante, potrivit principiului relativității contractului, pe când dreptul de retenție este opozabil și terților; dreptul de retenție se exercită în virtutea conexității dintre lucrul reținut și creanța creditorului; uneori, dreptul de retenție se invocă nu pe calea excepției ca mijloc de apărare, admisibil și în apel, ci pe cale de cerere reconvențională¹⁸³; excepția de neexecutare a contractului se interferează cu

¹⁸¹ F. Zanati, *Les biens*, Presses universitaires de France, 1988, nr. 370, 371.

¹⁸² De exemplu: art. 1322 C. civ. – „vânzătorul nu este dator să predea lucrul, dacă cumpărătorul nu plătește prețul și nu are dat de vânzător un termen pentru plată”; art. 1444 C. civ. – cu privire la situația arendașilor și a locatarilor care trebuie dezdaunați [a se vedea și dispozițiile art. 8 alin. (4) din Legea nr. 16/1994, legea arendării, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 91 din 7 aprilie 1994. Este un drept de retenție conferit prin hotărâre judecătorească.].

¹⁸³ Această ipoteză se abate de la regulă, dar, uneori, cererea reconvențională este nu numai admisibilă, ci chiar necesară. Înalta Curte de Casație și Justiție, I, prin Decizia din 23 octombrie 1942, a decis întemeiat că, atunci când proprietarul unui lucru reclamă restituirea lui, detentorul nu va putea să exercite dreptul său de retenție în baza art. 494 C. civ. decât dacă el însuși va cere plata sumei ce i-o datorează proprietarul reclamant. În acest sens, a se vedea: M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 446; B. Scondăcescu, notă la decizia menționată, în „Pandectele Române”, 1943, caiet 10, p. 147.

teoria cauzei, care reclamă executarea obligațiilor „trait pour trait”¹⁸⁴, dreptul de retenție este străin de teoria cauzei.

Compensația, ca și dreptul de retenție, conferă o situație „privilegiată”¹⁸⁵: creditorul obține plata sa integrală în măsura propriei datorii, cum retentorul obține plata sa înainte de a remite lucrul. Neputând fi vorba decât de o compensație judiciară, atât aceasta cât și, uneori, retenția pot fi invocate prin cerere reconvențională. În cazul amândurora se remarcă dubla calitate de creditor și debitor a fiecăreia dintre părți și, în fine, ambele ar putea fi definite ca fiind niște «popriri în mâinile proprii». S-a spus deci, în doctrina clasică franceză, că dreptul de retenție este o compensație „temporară cominatorie”, dar care nu privește decât „executarea datoriei, nu însăși ființa ei”. Totuși, cele două instituții sunt subordonate unor condiții esențialmente diferite și produc efecte diferite: compensația presupune fungibilitatea datoriilor reciproce, retenția constă în refuzul restituirii lucrului care nu este fungibil cu un altul; compensația este un mijloc «direct» de plată, antrenând stingera a două obligații, dreptul de retenție nu este decât o garanție de natură să permită, «indirect», obținerea unei veritabile plăți, a plății însăși.

Așadar, dreptul de retenție poate și trebuie să fie considerat o instituție juridică distinctă, autonomă. Ca asemenea instituție, dreptul de retenție este o creație jurisprudențială, sprijinită și dezvoltată doctrinar.

Domeniul dreptului de retenție atestă configurarea acestuia ca instituție generală, dacă legea nu-l interzice expres (bunăoară, în

¹⁸⁴ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Obligations, première partie, avec le concours de P. Esmein, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1930, nr. 445.

¹⁸⁵ Nu însă un „privilegiu” (G. Duboc, *La compensation et les droit des tiers*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989, nr. 5, 6). Pentru observații, a se vedea P. Crocq, *Propriété et garantie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, nr. 277. Este o imagine contestabilă – spune autorul – căci acest mecanism de plată simplificată rezultă numai din fungibilitatea și reciprocitatea datoriilor, fără a adăuga nimic în avantajul unuia dintre creditorii reciproci.

cazul împrumutului de folosință sau a comodatului – art. 1560 și urm. C. civ., comodatul – cum precizează art. 1570 C. civ. – neputând „să rețină lucrul sub cuvânt de compensație pentru creanța ce are asupra comodantului”¹⁸⁶ și dacă sunt îndeplinite condițiile retenției¹⁸⁷: a) Titularul dreptului de retenție trebuie să fie un creditor și, în principiu, creanța trebuie să permită deschiderea unei urmăriri – o creanță certă, lichidă și exigibilă¹⁸⁸. În principiu, creanța trebuie să existe împotriva proprietarului bunului deținut¹⁸⁹. Creanța trebuie să fie posterioară sau concomitentă dobândirii posesiei bunului de către retentor, căci garanția rezultată din dreptul de retenție este transmisibilă în același timp cu creanța la care este atașată; b) Detenția obiectului de către creditor constituie condiția esențială a dreptului său de retenție, o detenție precară fiind însă suficientă, precum în cazul mandatarului sau al depozitarului; dar, *a fortiori*, posesia bunului justifică retenția. Detenția poate fi însă realizată de un terț în contul creditorului (bunăoară, de către comisionar)¹⁹⁰; c) Obiectul detenției trebuie să fie un bun corporal¹⁹¹. Ideea «dematerializării» dreptului de retenție, admisibilă în unele situații, trebuie să se sprijine pe un text de lege expres,

¹⁸⁶ În același sens, art. 1885 din Codul civil francez.

¹⁸⁷ A se vedea, îndeosebi F. Derrida, op. cit., nr. 20 și urm.

¹⁸⁸ Cu totul izolat și extrem de discutabil s-a admis că ar putea fi vorba și de o obligație naturală (D. Alexandresco, op. cit., p. 348).

¹⁸⁹ Este însă posibil ca un terț să fi afectat bunul său ca și garanție a datoriei altuia sau ca debitorul să fi cedat unui terț bunul deținut de creditor, dreptul de retenție fiind opozabil terțului. Este de asemenea posibil, precum în cazul uzufructului, ca dreptul de retenție să privească propriul bun.

¹⁹⁰ N-ar putea fi însă realizată de către debitor în contul creditorului, căci dreptul de retenție nu se poate fundamenta decât pe *animus retinendi* al creditorului, în principiu așadar pe realizarea efectivă a elementului material.

¹⁹¹ Jurisprudența, de regulă, a refuzat recunoașterea dreptului de retenție asupra drepturilor incorporale, creanțelor sau universalităților, precum fondul de comerț, dar care pot face obiectul gajului (J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, op. cit., nr. 55).

consacrând o retenție fictivă¹⁹²; d) În mod constant, jurisprudența a considerat că detentorul sau veritabilul posesor trebuie să fie de bună-credință¹⁹³ la momentul nașterii creanței sale; e) O legătură de conexitate trebuie să existe între creanță și bunul deținut¹⁹⁴. Implicarea condiției conexității constituie, în același timp, „mijlocul și limita generalizării dreptului de retenție” [s.n.]¹⁹⁵. Dreptul de retenție nu poate exista decât *ex pari causa*, niciodată *ex dispari causa*. Conexitatea poate fi *juridică* sau *subiectivă*¹⁹⁶; dar ea poate fi și *materială* sau *obiectivă*¹⁹⁷ (*debitum cum re iunctum*)¹⁹⁸.

Respectându-se aceste condiții și dacă legea nu prevede altfel, dreptul de retenție poate fi generalizat. De exemplu, instanțele au recunoscut dreptul de retenție în favoarea gestorului de afaceri,

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ O parte a doctrinei consideră însă că detenției materiale nu trebuie să i se atașeze o „coloratură morală”, art. 494 C. civ., bunăoară, permițând retenția și constructorului de rea-credință. Ipoteza n-a fost însușită în jurisprudență.

¹⁹⁴ În acest sens, a se vedea H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 11^e éd., Dalloz, 2000, nr. 281, p. 617, 618.

¹⁹⁵ J. Maestre, E. Putman, M. Billiau, op. cit., nr. 65.

¹⁹⁶ În anumite situații, jurisprudența a admis posibilitatea părților de a conveni prin contract un drept de retenție, chiar în lipsa conexității (de exemplu, situația garajistului în caz de reparații succesive). O precizare în plus mai este necesară: părțile nu pot crea artificial un drept de retenție fondat pe *debitum cum re iunctum*, căci, într-o asemenea ipoteză, conexitatea materială este însăși condiția dreptului de retenție; în cazul dreptului de retenție având la bază excepția *non adimpleti contractus*, principiul libertății convențiilor se poate exprima și prin voința părților de a afecta bunul deținut de una dintre ele până la rambursarea totală a cheltuielilor.

¹⁹⁷ Uneori, la fundamentul unui și aceluiași drept de retenție se poate afla conexitatea juridică și cea materială. Bunăoară, sub titlul de *ultimum subsidium*, o asemenea ipoteză ne oferă art. 1619 C. civ.: „Depozitarul poate să oprească depozitul până la plata integrală cuvenită lui din cauza depozitului”.

¹⁹⁸ Pentru numeroase exemple oferite de jurisprudență, a se vedea F. Derrida, op. cit., nr. 60 și urm.

mandatarului, comodatarului, lucrătorului pentru cheltuielile de prelucrare a obiectului, moștenitorului aparent, constructorului pe terenul altuia¹⁹⁹, fostului soț până la plata sulte, deținătorului unui imobil, proprietatea altei persoane, până la plata de către proprietar a sumei datorate pentru îmbunătățirile și adăugirile aduse imobilului, antreprenorului, sechestrului judiciar, uzufructuarului²⁰⁰, adjudecatorului unui imobil, când adjudecarea a fost ulterior anulată, expertului contabil²⁰¹ etc.

Sub titlul ficțiunilor juridice, contribuția jurisprudenței la recunoașterea dreptului de retenție fără text legal este cu totul notabilă, detașându-se de cel puțin două idei, în egală măsură depășite: dreptul de retenție nu este un quasi-privilegiu, inadmisibil în situații extralegale; metoda exegetică nu constituie unicul instrument²⁰², așa încât interpretul legii nu se mai află «asfixiat» în canoanele acesteia sau în «rețetarul» ei.

Este concluzia la care am vrut să ajungem, lăsând la o parte alte multe teme incitante cu privire la dreptul de retenție.

57.11. Promisiunea unilaterală și pactul de preferință. Ambele instituții prezintă câteva elemente comune, fără însă ca acestea să atragă contopirea lor: legea civilă, asemenea celei franceze, nu le-a

¹⁹⁹ A se vedea V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, 1, Ed. Humanitas, București, 2004, nr. 83, p. 179.

²⁰⁰ Sancțiunea nerespectării obligației înscrise în art. 540 C. civ. este și una preventivă, nudul proprietar având un drept de retenție [*ibidem*, nr. 210 B a), p. 496].

²⁰¹ Izolat și discutabil, în jurisprudența franceză a fost recunoscut dreptul de retenție și în favoarea avocatului, până la plata integrală a onorariului. Ar fi însă o justiție primitivă și brutală. Articolul 43 din Legea nr. 51/1995, republicată, nu permite, în opinia noastră, o altă interpretare.

²⁰² În doctrina noastră clasică, D. Alexandresco (op. cit., p. 346, 347) a rămas fidel celor două idei: dreptul de retenție este „un quasi-privilegiu, dacă ne putem exprima astfel”, iar o garanție „oricât de echitabilă ar fi, nu poate fi înființată fără text de lege pozitiv”; „unde este însă textul de lege?”; „cu un asemenea sistem, dreptul de retenție devine o chestie de apreciere a instanțelor de fond”.

reglementat «expres» și la modul «general»²⁰³, în pofida frecvențelor întrebuințări și a realelor avantaje²⁰⁴, rămânând astfel, încă, creații ale doctrinei și jurisprudenței – adică *ficțiuni juridice* –, cu toate consecințele ce le implică o asemenea calificare; ambele se «remarcă» în perioada precontractuală, ca instrumente pregătitoare pentru definitivarea, în viitor, a unor raporturi contractuale între părți; în pofida înfățișării lor ca acte «unilaterale», ele sunt veritabile contracte, autonome și specifice; în cazul amândurora se naște în profitul beneficiarului un drept potestativ; consecințele nerespectării obligațiilor asumate de către promitent sunt relativ aceleași, atât în cazul promisiunii unilaterale, cât și al pactului de preferință, iar instrumentarul tehnic pentru implicarea acestor consecințe este și el, în mare, același; în cazul amândurora, dreptul potestativ are o origine convențională; atât în cazul promisiunii unilaterale de a contracta, cât și în cazul pactului de preferință „obiectul” trebuie să fie determinat; în ambele convenții, dreptul beneficiarului este transmisibil și cesibil, dacă nu există o stipulație

²⁰³ Pentru unele aplicații speciale, a se vedea, de exemplu: art. 9 lit. d) din O.G. nr. 51/1997 privind operațiunile de leasing și societățile de leasing (republicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 9 din 12 ianuarie 2000), art. 24 alin. (5) din O.U.G. nr. 88/1997 privind privatizarea societăților comerciale.

²⁰⁴ Pentru unele dintre aceste avantaje, dar și dezavantaje, a se vedea: L. Boyer, *Promesse de vente*, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VIII, nr. 8; J.-P. Désidéri, *La préférence dans les relations contractuelles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988; D. Chirică, *Promisiunea unilaterală de a vinde și de a cumpăra*, în „Revista de drept comercial”, 1999, nr. 9, p. 36 și urm.; *Idem*, *Pactul de preferință*, în „Revista de drept comercial”, 1999, nr. 11, p. 28 și urm., împreună cu reperele doctrinare și jurisprudențiale menționate în aceste lucrări. A se vedea însă și prevederile art. 990 din proiectul Codului civil, care vizează valabilitatea promisiunii de a contracta și consecințele pe care le antrenează neexecutarea promisiunii. Alineatul ultim al articolului proiectat precizează: „Contractul prin care părțile se obligă să negocieze ori să ofere preferință la încheierea unui contract viitor nu constituie promisiune de a contracta”. Textele din proiect nu sunt încă suficient determinate.

contrară, chiar tacită, sau *intuitu personae*. Totuși, esențialmente, cele două instituții sunt distincte: în cazul pactului de preferință nu există din partea promitentului obligația de a vinde decât după ce și doar dacă, ulterior, se va decide în acest sens, pe când, în cazul promisiunii unilaterale, această obligație se naște în sarcina promitentului chiar de la încheierea contractului²⁰⁵; în cazul pactului de preferință, promitentul nu se angajează să vândă, iar prețul nu este determinat.

Deosebirea dintre ele se va înfățișa mai pregnant, încercând să le definim.

Promisiunea unilaterală de contract este convenția prin care o persoană, promitentul, se angajează să încheie un contract determinat cu o altă persoană, beneficiar, care va putea să se decidă în acest sens, dându-și consimțământul, într-un termen prestabilit. Beneficiarul are așadar un *drept de opțiune*, care întrunește toate caracteristicile unui *drept potestativ*²⁰⁶: numai promitentul se angajează la încheierea unui viitor contract, aflându-se astfel într-o situație de dependență în raport cu viitoarea manifestare de voință din partea beneficiarului la încheierea acelui contract; incertitudinea cât privește deznodământul operațiunii contractuale preconizate; cerința ca beneficiarul să se pronunțe într-un termen determinat; puterea sa de a transforma o situație juridică preexistentă, rezultată din promisiunea unilaterală, într-o situație juridică nouă, cea derivată din încheierea unui contract definitiv.

Pactul de preferință este convenția prin care un promitent se angajează, pentru ipoteza în care el s-ar decide să încheie un contract determinat, să-l prefere pe cel căruia i-a făcut promisiunea, în condiții egale în raport cu toți ceilalți interesați. Beneficiarul preferinței are și de această dată un drept de opțiune, care întrunește caracteristicile unui drept potestativ²⁰⁷.

²⁰⁵ D. Chirică, Pactul de preferință, cit. *supra*, p. 30.

²⁰⁶ A se vedea St. Valory, La potestativité dans les relations contractuelles, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1999, nr. 233.

²⁰⁷ *Ibidem*, nr. 243.

Apropierea între cele două instituții este inevitabilă. În considerarea unor similitudini, pactul de preferință a fost uneori analizat ca promisiune unilaterală făcută sub condiția suspensivă²⁰⁸ a deciziei viitoare din partea promitentului²⁰⁹. Acest mod de analiză a fost considerat contestabil: pe plan tehnic, mecanismul dreptului de preferință prezintă elemente specifice, proprii, în raport cu promisiunea unilaterală; într-o promisiune unilaterală, promitentul își dă consimțământul definitiv, pe când, într-un pact de preferință, el își rezervă decizia viitoare, incertitudinea operațiunii depinzând de promitent, nu de titularul dreptului de preferință; durata eficacității unui pact de preferință este în general mai lungă decât aceea a unei promisiuni unilaterale; nu pot fi erijate în condiție elementele esențiale ale unui contract²¹⁰ și, pe de altă parte, în orice stare a operațiunii condiția este nulă, ca pur potestativă²¹¹; raportul juridic obligațional dintre promitent și beneficiar se naște valabil de la

²⁰⁸ O precizare, necesară de altfel, s-a făcut atât în doctrina franceză, cât și în doctrina noastră: obligația asumată de promitent nu este pur potestativă, ci potestativă simplă, astfel încât nu sunt aplicabile dispozițiile sancționatoare ale art. 1010 C. civ. (*M. Planiol, G. Ripert, Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. X, premier partie, par J. Hamel, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956, p. 217, 218; *C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, Tratat de drept civil român, Restitutio*, vol. II, Ed. ALL, București, 1997, p. 549; *Fr. Deak, Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. „Actami”, București, 1996, p. 22; *D. Chirică*, op. cit., p. 28. Dacă ideea de condiție potestativă pură se sprijină pe opțiunea discreționară a beneficiarului promisiunii, ar fi de observat că nulă este doar obligația asumată sub o asemenea condiție de către debitor, nu de către creditor (*D. Chirică, Drept civil. Contracte speciale*, Ed. „Lumina Lex”, București, 1997, p. 19).

²⁰⁹ Afirmația în sensul că, „pentru doctrina dominantă”, pactul de preferință se analizează ca „promisiune unilaterală condițională”, ni se pare exagerată, epoca „doctrinei dominante” în acest sens este revolută (cât privește această afirmație, a se vedea *M. Levis, L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Economica, 1989, nr. 250).

²¹⁰ *J. Ghestin, B. Desché, Traité des contrats. La vent*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, nr. 168.

²¹¹ *St. Valory*, op. cit., nr. 243.

data acordului de voințe, producând unele efecte chiar din acest moment, ceea ce contravine definiției și esenței condiției, iar pe de altă parte, dacă, bunăoară, promitentul se hotărăște să vândă – ceea ce, în opinia discutată, ar reprezenta îndeplinirea condiției –, „efectele acesteia nu urcă până la data acordului de voințe, așa cum se întâmplă în cazul unei veritabile condiții (art. 1015 C. civ.), ci produce efecte doar pentru viitor”²¹².

În context, interesează însă, îndeosebi, dacă promisiunea unilaterală și pactul de preferință sunt sau nu ficțiuni juridice și, în cazul unui răspuns afirmativ, care este natura acestor ficțiuni.

A. *Natura juridică a promisiunii unilaterale de vânzare sau de cumpărare*²¹³. Însăși sintagma – «promisiune unilaterală» – nu este cu totul potrivită; ea este echivocă, neexprimând nici „caracterul contractual” al promisiunii, nici „originalitatea situației create”²¹⁴. Abstracție făcând însă de asemenea posibile subtilități

²¹² D. Chirică, op. cit., p. 28, 29.

²¹³ Întrucât promisiunea unilaterală de cumpărare este mai puțin frecventă, îndeobște se vorbește – cum, *brevitatis causa*, vom vorbi și noi – despre promisiunea unilaterală de vânzare. Promisiunea unilaterală de cumpărare apare totuși și semnificativ pe piața bursei de valori sau de mărfuri, în așa-numitele contracte *de brasserie* sau *d'enchaînement*, combinate adesea cu o clauză de exclusivitate, ori în cazul «partajului» acțiunilor unei instituții financiare, comportând o cesiune de titluri și o promisiune de cumpărare irevocabilă (J. Ghestin, B. Desché, op. cit., nr. 143).

²¹⁴ L. Boyer, op. cit., nr. 3, 4. De altfel, nici sintagma «promisiune sinalagmatică» nu este mai potrivită, fiindcă, uneori, o astfel de promisiune – părțile angajându-se mutual în sensul unei viitoare vânzări-cumpărări – nu este susceptibilă de detașare de promisiunea unilaterală, atunci când aceasta din urmă are și ea un caracter sinalagmatic, întrucât promitentul s-a angajat – doar el, unilateral – dar cu titlu oneros. Este posibil, într-adevăr, ca beneficiarul promisiunii să fie ținut la o contraprestație pecuniară, când el însuși nu-și exercită opțiunea într-un termen determinat. Am fi în prezența a ceea ce doctrina și jurisprudența au numit, uneori, „stipulation de dédit” – stipulație de decizie (denumirea este însă cu siguranță improprie, „decizarea” presupunând prin definiție că un angajament anterior a fost luat. Clauza de decizie s-ar putea eventual discuta, în sensul ei propriu, în cazul unei promisiuni sinalagmatice de vânzare –

de semantică juridică, o constatare poate fi deja reiterată: în pofida frecvenței întrebuirii și a unei largi aplicații, promisiunea unilaterală, varietate de antecontract, nu este reglementată legal, ca *normă generală*²¹⁵, așa încât „inventarea ei doctrinară și jurisprudențială, poate printr-un argument *a fortiori* și de pe platforma libertății contractuale – dacă părțile pot încheia un contract, cu atât mai mult ele pot încheia un antecontract, iar determinarea acestuia le aparține – nu poate semnifica decât o abatere – utilă, neîndoielnic necesară – de la «realitatea juridică», chiar alterând-o sau deformând-o. Promisiunea unilaterală de contract este o instituție autonomă. Încercarea de a o asimila altor instituții, pentru a spulbera sau pentru a aplatiza natura juridică de ficțiune, a fost ea însăși respinsă. Astfel, aserțiunea în sensul că promisiunea unilaterală de vânzare ar fi o vânzare convenită, sub condiția suspensivă a acceptării de către beneficiar²¹⁶, a provocat serioase și pertinente obiecțiuni: prohibirea prin lege a condiției potestative; efectul

L. Boyer, La clause de dédit, în „Mélanges Raynaud”, 1983, p. 41 și urm). Ea nu este nici o clauză penală, întrucât aceasta presupune existența unei obligații susceptibilă de executare. Or, beneficiarul promisiunii nu încalcă o obligație contractuală prin neexercitarea opțiunii lui. În realitate, suma de bani plătită nu reprezintă nici prețul unei „retractări”, nici sancțiunea „neexecutării unei obligații”, ci pur și simplu contraprestația beneficiarului promisiunii față de obligația asumată de promitent de a-și menține promisiunea și de a nu vinde altuia – „indemnizația de imobilizare”. Dar, întrucât contraprestația este doar plata dreptului de opțiune, ea poate fi calificată ca „clauză privind prețul opțiunii” (H. Capitant, Fr. Terré, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 11^e éd., Dalloz, 2000, nr. 245). În considerarea inconvenientelor și a ambiguităților terminologice, s-a considerat a fi mai potrivită o altă denumire în locul aceleia de „promisiune unilaterală”: „pact de opțiune” (L. Boyer, op. cit., în „Répertoire de droit civil”, cit. *supra*, nr. 6).

²¹⁵ Articolul 1301 C. civ., cu privire la vânzarea pe gustate, oferă un exemplu de promisiune unilaterală de vânzare de origine legală, care, supletivă de voință a părților, ar avea vocația de a se aplica în caz de tăcere a acestora (St. Valory, op. cit., nr. 236, bineînțeles cu privire la art. 1587 din Codul civil francez).

²¹⁶ A se vedea St. Valory, op. cit., nota de sub nr. 333.

retroactiv al îndeplinirii condiției se opune constatării că vânzarea s-a încheiat la momentul exprimării opțiunii; condiția fiind o simplă modalitate de executare a unui contract, nu poate fi un obstacol la perfectarea acestuia, ea nu poate privi un element esențial de valabilitate a contractului, precum consimțământul²¹⁷. Promisiunea unilaterală trebuie delimitată și de ofertă: aceasta este o manifestare unilaterală de voință, în timp ce promisiunea de a contracta este un contract, adică un acord de voințe²¹⁸. Într-o opinie, s-a considerat că promisiunea unilaterală de a vinde este „un act juridic complex”, incluzând un act unilateral – *oferta* de a vinde – și o convenție accesorie, prin care beneficiarul devine creditorul unui drept de opțiune²¹⁹. Or, „oferta” nu poate fi „extrasă”, pentru a-i atribui o semnificație proprie, din contextul acordului de voințe dintre promitent și beneficiar²²⁰.

S-a considerat, într-o altă opinie, că promisiunea unilaterală de vânzare conferă un „drept real eventual”. Numai că „dreptul eventual” inculcă ideea, neconformă realității, că nici un drept nu s-a născut în patrimoniul beneficiarului. Or, caracterul «actual» al dreptului derivat dintr-o promisiune unilaterală este în afară de orice îndoială. Cesibilitatea dreptului și validitatea promisiunii *post mortem* confirmă «actualitatea» acestuia.

²¹⁷ *Ibidem*, nr. 237. În principiu, de altminteri, un element esențial pentru validitatea convenției nu poate constitui substanța unei condiții, care, prin natura ei, este incertă (*J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, Les obligations. 3. Le rapport d'obligations*, éd., A. Colin, 1999, nr. 292).

²¹⁸ *D. Chirică*, Promisiunea unilaterală de a vinde și de a cumpăra, cit. *supra*, p. 39.

²¹⁹ *I. Lulă*, Natura juridică a promisiunii unilaterale de vânzare, în „Dreptul”, 1998, nr. 6, p. 43-50. Să mai adăugăm doar că, spre deosebire de ofertă, promisiunea de vânzare se menține atât în cazul în care, ulterior acordului de voințe, survine incapacitatea promitentului, cât și în caz de faliment al acestuia (*Ph. Malaurie, L. Aynès, Cours de droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, par P.-Y. Gaulier, 12^e éd., Cujas, 1998, p. 87, 88).

²²⁰ *D. Chirică*, op. cit., p. 37.

Analizarea însă a dreptului beneficiarului ca drept condițional sau ca drept eventual ar conduce și la ideea, de asemenea eronată, că el este un „drept real”. În realitate, el este un „drept de creanță” de natură „mobiliară”²²¹. El este un drept autonom și actual²²², un drept personal și mobilier²²³. Eroarea partizanilor dreptului condițional și ai dreptului eventual – spunea F. Bénac-Schmidt – constă în considerarea promisiunii unilaterale ca fiind primul act dintr-o convenție care comportă două acte; pe de altă parte – cum preciza J.-M. Verdier – caracterul real și imobiliar al contractului definitiv nu au nici un ecou în situația juridică actuală, personală și mobilieră. Beneficiarul promisiunii unilaterale de vânzare are așadar un „drept de creanță”, iar promitentul este debitorul unei obligații, al unei obligații de „a nu face”²²⁴.

S-a susținut însă că promitentul este ținut de o obligație de „a face”, anume aceea de a încheia contractul în caz de invocare a opțiunii²²⁵. Greu însă de întrevăzut care ar fi prestația pozitivă ce ar urma să se ceară promitentului, din moment ce el s-a angajat imediat și irevocabil să vândă, exprimându-și consimțământul în acest sens²²⁶; singura voință care lipsește pentru încheierea definitivă a

²²¹ *St. Valory*, op. cit., nr. 237.

²²² *F. Bénac-Schmidt*, Le contrat de promesse unilatérale de vente, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, nr. 150 și urm.

²²³ *J.-M. Verdier*, Les droits éventuels, thèse, 1955, nr. 184, *apud St. Valory*, op. cit., nr. 237, nota de sub nr. 505.

²²⁴ *Ibidem*, nr. 238. În același sens, în doctrina noastră *D. Chirică*, Promisiunea unilaterală de a vinde și de a cumpăra, cit. *supra*, p. 47. S-a considerat că o asemenea concepție, departe de a simplifica problema, denaturează realitatea, căci vânzătorul-promitent nu și-a dat acordul la vânzarea lucrului, ci numai la încheierea în viitor a contractului (*Fr. Deak*, Tratat de drept civil. Contracte speciale, cit. *supra*, p. 23, nota de sub nr. 1). În marginea observației reputatului civilist, ne îngăduim totuși să credem – cum vom încerca să explicăm – că, chiar în lipsa unui text corespunzător art. 1589 alin. (1) C. civ. francez – *la promesse de vente vaut vente* – este posibilă și interpretarea la care ne-am oprit.

²²⁵ *M. Planiol, G. Ripert, J. Boulanger*, Traité de droit civil, t. 2, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960, nr. 348.

²²⁶ *St. Valory*, op. cit., nr. 238.

contractului este aceea a beneficiarului promisiunii. El dispune astfel de un drept potestativ, de o putere directă, nu asupra unui lucru, ci asupra unei situații juridice²²⁷.

Promisiunea unilaterală de a vinde și de a cumpăra este un contract²²⁸.

Aceasta nu înseamnă că o opțiune privind realizarea unei vânzări poate rezulta numai dintr-un contract²²⁹. Dar, în contextul unei posibile ficțiuni juridice – în scopul determinării obiectului acesteia – stăruim asupra sursei contractuale a opțiunii.

Sub semnul unei asemenea calificări – contract – promisiunea unilaterală sau pactul de opțiune presupune consimțământul mutual: o ofertă și o acceptare. Uneori însă se confundă acceptarea promisiunii cu invocarea sau ridicarea opțiunii, deși ele sunt esențialmente diferite: în timp ce, în principiu, ridicarea opțiunii este suficientă pentru realizarea vânzării, acceptarea promisiunii nu

²²⁷ *Ibidem*, nr. 239; Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., p. 89; D. Chirică, op. cit., p. 37.

²²⁸ În acest sens, bunăoară: D. Alexandresco, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român, vol. VIII, partea a II-a, Ed. „Socec”, București, 1925, p. 43, 44; M.B. Cantacuzino, Elementele dreptului civil, 1921, p. 639; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit., p. 494; Fr. Deak, op. cit., p. 23, 24; D. Chirică, Drept civil. Contracte speciale, cit. *supra*, p. 18-21; *Idem*, art. cit., p. 37; C. Stătescu, C. Bîrsan, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, Ed. ALL, București, 1992, nr. 32; L. Pop, Teoria generală a obligațiilor, Ed. „Lumina Lex”, București, 1998, p. 52, 53; I. Dogaru, P. Drăghici, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 124; M. Planiol, G. Ripert, J. Hamel, op. cit., p. 203; Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., p. 87; J. Ghestin, Traité de droit civil. La formation du contrat, 3^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, nr. 232 etc.

²²⁹ Ea poate rezulta, de exemplu, dintr-un testament, când testatorul reînnoiește o promisiune anterioară sau când el creează un drept nou în profitul unuia dintre avânzii-cauză. Dar ea poate rezulta, de asemenea, direct din lege, în diversele cazuri de preemțiune. Pentru unele exemplificări și discuții, a se vedea: (I), I. Negru, D. Corneanu; (II), Al.G. Ilia, M. Nicolae, Discuții în legătură cu natura juridică a dreptului de preemțiune, în „Dreptul”, 2004, nr. 1, p. 22 și urm.

are un alt efect decât fixarea definitivă a acesteia, împiedicând retractarea ei. Este însă posibil ca, simultan, să se accepte promisiunea și să se invoce opțiunea.

Promisiunea poate fi făcută sub titlu principal, sub titlu acesoriu sau într-un ansamblu contractual.

Ea poate fi pură și simplă sau însoțită de un termen ori de o condiție: poate fi un «termen suspensiv», când beneficiarul opțiunii nu o poate exercita decât începând cu o anumită dată (de exemplu, la expirarea termenului de locațiune sau promisiunea *post mortem*²³⁰); termenul poate fi «extinctiv», promisiunea dând naștere unei situații provizorii, termenul precizat fixând durata promisiunii; condiția este «suspensivă», când beneficiarul nu poate să se prevaleze de opțiune decât după realizarea condiției (de exemplu, după ce promitentul va deveni proprietarul lucrului promis sau după ce un terț își va fi dat consimțământul); condiția poate fi «rezolutorie», când promitentul va fi dezlegat de promisiunea făcută la îndeplinirea condiției.

Problema care stăruie și în scopul rezolvării căreia și-ar putea găsi justificare înfățișarea considerațiilor formulate deja este aceea de a ști dacă promisiunea unilaterală de vânzare – sau de cumpărare – exprimă ori încorporează o ficțiune juridică.

Principiul consensualismului, ce derivă din prevederile art. 971 și ale art. 1295 alin. (1) C. civ., pare să îndemne la considerarea ca ficțiune a promisiunii unilaterale de vânzare, pentru că, deși contract, aparent, el ia naștere numai prin manifestarea unilaterală

²³⁰ Un punct de vedere jurisprudențial și multă vreme dominant, potrivit căruia o astfel de promisiune – semnificând un pact asupra unei succesiuni viitoare – ar fi nulă, a fost repudiat de Curtea de Casație franceză, întrucât promisiunea unilaterală își produce efectele din ziua consimțământului mutual, dreptul beneficiarului existând și fiind transmisibil începând chiar cu această dată, iar promitentul și-a asumat deja o restricție în libertatea sa de a dispune (Ph. Malaurie, L. Aynès, Cours de droit civil. Les successions. Les libéralités, cit. *supra*, nr. 569. Distincția între promisiunea de vânzare *post mortem* și pactul asupra unei succesiuni viitoare este datorată lui H. Capitant).

de voință a uneia dintre părți. Ficțiunea ar consta în faptul că se consacră existența unui antecontract, deși numai promitentul și-a exprimat voința.

Promisiunea unilaterală de vânzare – ca și oferta, dar fără a se identifica²³¹ cu aceasta – este sursa imediată a unei obligații în sarcina promitentului și a unor drepturi în profitul beneficiarului. Indiferent cum am numi această obligație – obligația de a încheia contractul, obligația de a-și menține oferta, obligația de a face, obligația de a nu face – ea reprezintă pentru autorul ei un contract; promitentul nu se angajează doar să vândă, ci, mai mult, el consimte anticipat și definitiv să săvârșească vânzarea. Astfel, promitentul și numai el își autolimitează autonomia juridică și libera exercitare a prerogativelor sale.

Manifestarea de voință a promitentului și doar a lui implică, prin definiție, respingerea oricărei imixtiuni în afacerile beneficiarului, cât timp acesta nu a ridicat opțiunea. Acțiunea beneficiarului promisiunii nu are ca obiect punerea în operă a prerogativelor aferente drepturilor lui subiective, ci, cum s-a spus, prin ea se urmărește doar „fixarea ofertei”²³². În esență, odată realizat acordul de voințe, promitentul este angajat definitiv să vândă – din punctul său de vedere, consimțământul de a vinde este exprimat – pe când beneficiarul, aflat în interiorul termenului de opțiune, poate cumpăra sau nu²³³. Ni se pare deci discutabilă, cel puțin, afirmația că beneficiarul promisiunii neaflându-se într-un raport cu exercitarea unui drept subiectiv, „voința lui este lipsită de orice eficacitate juridică”, că aceasta „nu este o voință juridică”²³⁴. El are un

²³¹ Pentru delimitări, a se vedea: F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, op. cit., nr. 184; J. Ghestin, op. cit., nr. 334; C. Larroumet, Droit civil. Les obligations. Le contrat, 2^e éd., Economica, 1990, nr. 310; A. Benabent, Droit civil. Les contrats spéciaux, Montchrestien, Précis Domat, 1993, nr. 55.

²³² G. Ripert, J. Boulanger, Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, t. II, 1957, p. 136; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op. cit., p. 55.

²³³ D. Chirică, op. cit., p. 37.

²³⁴ G. Wicker, op. cit., nr. 137.

drept potestativ de opțiune și, de pe platforma unui asemenea drept, își exprimă voința de a „fixa oferta”. Prin manifestarea lui de voință, beneficiarul promisiunii nu doar ia act de promisiunea făcută, ci, în lipsa unei alte înțelegeri, îi conferă acesteia stabilitate și eficacitate, făcând-o irevocabilă.

Totuși, promisiunea unilaterală de contract nu implică, în sine, pentru a fi contract, o manifestare de voință din partea beneficiarului promisiunii. Acesta poate sta pur și simplu în expectativă. Din asemenea circumstanțe se poate deduce ideea de ficțiune juridică: promisiunea unilaterală de contract este expresia unei singure manifestări de voință – aceea a promitentului.

Obligația promitentului și drepturile beneficiarului se dovedesc a avea un conținut identic cu obligația și, respectiv, drepturile rezultând din oferta de a contracta. În ambele situații – repetăm, fără a le aduce la numitor comun – obligația exprimă exclusiv angajamentul contractual al debitorului. Ni se pare deci logică și inevitabilă concluzia că promisiunea unilaterală constituie, sub același titlu cu oferta, o ficțiune juridică²³⁵.

Această concluzie este verificabilă și prin referire la actul juridic contractat printr-un reprezentant, fără puterea de a reprezenta. Voința reprezentantului nu este juridic eficace decât dacă ea corespunde exercitării unui drept subiectiv aparținând celui reprezentat. Așadar, în cazul în care el nu are puterea de a reprezenta ori excede puterii ce i s-a conferit, acțiunea sa nu poate cu nimic angaja pe cel «reprezentat»²³⁶. Dar faptul că actul astfel făcut nu este opozabil celui «reprezentat», nu înseamnă totodată că el este un act nul. Persoana care, în cunoștință de cauză, a tratat cu reprezentantul care nu avea puterea de a reprezenta sau care a depășit limitele puterii încredințate, nu poate cere anularea contractului. El este angajat prin contract, deși executarea acestuia nu este posibilă

²³⁵ *Ibidem*, nr. 136.

²³⁶ Astfel cum rezultă din cuprinsul art. 1546 C. civ., într-o asemenea situație, actele încheiate de mandatar sunt pentru mandant *res inter alios acta* (...), dacă el nu le ratifică expres sau „tacit” (C.S.J., secția civilă, decizia nr. 1750/1994, în „Dreptul”, 1995, nr. 10, 11, p. 143).

în lipsa consimțământului celui «reprezentat»²³⁷. În privința acestuia din urmă, contractul nu are efect obligatoriu, dacă nu se decide să-l ratifice²³⁸. Cu alte cuvinte, reprezentatul are dreptul de a beneficia de contractul încheiat, deși nu a participat direct la încheierea lui sau deși reprezentantul său nu a avut, în condițiile date, puterea de a face actul. Dar, ceea ce în context interesează îndeosebi este faptul că terțul contractant este deja angajat prin contract²³⁹. Nu va putea însă pune în executare contractul la care a consimțit mai înainte ca persoana reprezentată să-și fi exprimat ea însăși voința de a beneficia de contract. Ratificarea este un act unilateral, subsecvent, prin care se completează actul ratificat, „extinzând cercul persoanelor angajate prin acel «act» și făcând să dispară inopozabilitatea lui față de mandant, care devine astfel «parte» în respectivul act²⁴⁰. Ratificarea *a posteriori* operează *ab initio*.

Această schemă este identică, sub aspectele arătate, cu promisiunea unilaterală.

Multiplicarea elementelor ficționale ale promisiunii unilaterale s-a săvârșit, ni se pare, și prin considerarea dreptului conferit beneficiarului promisiunii ca fiind un «drept real», pentru a-l face astfel opozabil față de terți.

²³⁷ Acceptând să contracteze cu mandatarul peste limitele mandatului acestuia, „se presupune că a luat asupra sa riscurile contractului încheiat în astfel de condiții” (*Fr. Deak*, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, cit. *supra*, p. 331).

²³⁸ În lipsa ratificării și dacă nu se invocă mandatul aparent, mandantul ar putea fi obligat numai în condițiile gestiunii de afaceri, făcută fără cunoștința geratului (art. 987 C. civ.). Dacă nu sunt îndeplinite nici condițiile gestiunii de afaceri, eventual, mandantul va putea fi acționat în limita îmbogățirii lui (*actio de in rem verso*).

²³⁹ „Acceptând un risc”, el a consimțit să încheie „un nou act”, *novus actus interveniens*, care, între altele, are ca efect ruperea legăturii de cauzalitate între prejudiciul său și fapta culpabilă a mandatarului (*Ph. le Tourneau*, *Mandat*, în „*Répertoire de droit civil*”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VIII, nr. 293).

²⁴⁰ *Ibidem*, nr. 320.

Cum s-a spus, un anumit sincretism al terminologiei întrebuințate de jurisprudența franceză în această materie corespunde în realitate unui accentuat pragmatism²⁴¹.

B. Natura juridică a pactului de preferință. Distincția între pactul de preferință și promisiunea unilaterală de a contracta – ignorată, se pare, de Pothier – este acum unanim admisă. El este un contract autonom și o sursă convențională distinctă de drept potestativ. Pactul de preferință este – cum s-a mai spus – convenția prin care promitentul se angajează ca, în ipoteza în care se va decide să încheie contractul preconizat, să acorde prioritate propunerii făcute beneficiarului. De regulă, pactul de preferință se înfățișează ca și contract preparator al vânzării, dar el poate, sub același titlu de act pregătitor, să fie „anticamera” și a altui contract²⁴². El este «autonom» nu doar sub aspectul figurii lui juridice, dar și pentru că, uneori, mai rar, este independent de un alt contract.

În orice caz, pactul de preferință nu poate fi considerat – din motivele deja arătate – o promisiune unilaterală de a contracta sub condiție²⁴³.

Faptul că pactul de preferință poate fi încadrat, la modul general vorbind, în categoria «promisiunii unilaterale» nu justifică totuși considerarea lui «promisiune unilaterală de a contracta» (de a vinde), în pofida similitudinilor existente între cele două instituții, asupra cărora nu mai revenim²⁴⁴. Câteva consecințe derivă din deosebirea dintre ele: cât privește regulile în materie de «capa-

²⁴¹ *M. Levis*, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Economica, 1989, nr. 168.

²⁴² *Ph. Malaurie*, *L. Aynès*, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, 2^e éd., Éditions Cujas, 1988, nr. 144. Frecvent apare pactul de preferință și în cadrul operațiunilor privind cesiunea unui fond de comerț.

²⁴³ În sensul unei asemenea calificări: *M. Planiol*, *G. Ripert*, *J. Hamel*, op. cit., t. X, nr. 194; *B. Starck*, *Droit civil. Obligations. 2. Contrat*, 3^e éd., H. Roland, L. Boyer, Litec, 1989, nr. 283. Pentru observații critice, a se vedea: *J. Ghestin*, *B. Desché*, op. cit., nr. 168; *G. Baron*, *Préemption*, în „*Répertoire de droit civil*”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VIII, nr. 80, împreună cu doctrina menționată.

²⁴⁴ A se vedea, de asemenea, *Ph. Malaurie*, *L. Aynès*, op. cit., nr. 145.

citare», în cazul promisiunii unilaterale de a vinde, capacitatea de a vinde este cerută încă de la momentul promisiunii²⁴⁵, nu la momentul ridicării opțiunii; dimpotrivă, în cazul unui pact de preferință, acesta nefiind un act de dispoziție – promitentul neangajându-se să vândă, ci numai să acorde o preferință – «capacitatea de a dispune» se verifică la momentul exercitării dreptului de preferință; contrar promisiunii unilaterale de vânzare, pactul de preferință poate avea o «durată» nelimitată; în fine, dacă, potrivit art. 84 din Regulamentul²⁴⁶ de aplicare a Legii nr. 7/1996²⁴⁷, se poate proceda la notarea promisiunii stabilită prin „convenție” de a încheia un contract de înstrăinare cu privire la bunul imobil, nu există o asemenea prevedere în legătură cu pactul de preferință²⁴⁸.

Pactul de preferință a fost analizat în doctrină și în relație cu un drept de preemțiune, unul însă convențional²⁴⁹. Într-adevăr, abstracție făcând de unele deosebiri, apropierea între cele două instituții este admisibilă, ambele dând naștere unui drept potestativ în favoarea beneficiarului. Totuși, apropierea nu poate estompa diferențele²⁵⁰: mai întâi, cât privește sursa lor – legală, respectiv

²⁴⁵ Devine deci irelevant faptul că, ulterior, este incapabil prin punere sub interdicție, decedează sau este declarat falit.

²⁴⁶ Regulamentul de organizare și funcționare a birourilor de carte funciară ale judecătoriilor, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 84 din 23 februarie 1998.

²⁴⁷ Legea nr. 7/1996, legea cadastrului și a publicității imobiliare, a fost publicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 61 din 26 martie 1996.

²⁴⁸ Precizarea este doar de «detaliu», fără consecințe substanțiale, întrucât: notarea se face doar pentru «informarea» terților, nu pentru opozabilitate față de ei; înșiruirea de la art. 84 este exemplificativă; în considerarea similitudinilor dintre promisiunea unilaterală și pactul de preferință, prin analogie, notarea devine admisibilă și pentru acesta din urmă; astfel cum vom preciza, pactul de preferință implică un drept identic cu cel de preemțiune – deosebirea constând doar în sursa lor –, iar dreptul de preemțiune poate fi notat.

²⁴⁹ C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, nr. 252 și urm.; Fr. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 4^e éd., Dalloz, 1998, nr. 67.

²⁵⁰ D. Chirică, *Pactul de preferință*, cit. *supra*, p. 31, 32.

convențională; apoi, preemțiunea dă naștere unei obligații *propter rem*, pactul de preferință dă naștere unei obligații strict personale în sarcina promitentului, antrenând, din acest motiv, consecințe juridice diferite²⁵¹.

Cert rămâne – pentru ceea ce în mod deosebit interesează sub semnul ficțiunilor juridice – că pactul de preferință este și el un contract «nenumit»; creație a doctrinei și jurisprudenței, el se conformează, pe de o parte, dispozițiilor comune cu privire la contracte, dar, pe de altă parte, este patronat de unele reguli specifice, proprii lui și numai lui²⁵².

Este un contract *sui generis*, purtând marca unor substanțiale și benefice contribuții ale doctrinei și jurisprudenței²⁵³.

57.12. *Superficia* este o altă creație – ficțională – a doctrinei și jurisprudenței²⁵⁴.

Superficia sau, mai exact, dreptul de superficie este definit, îndeobște și la modul general, ca fiind un drept de proprietate asupra unor construcții sau plantații făcute pe terenul altuia²⁵⁵. Într-o definiție mai «descriptivă», evocând articulațiile instituției, dreptul de superficie este un dezmembrământ al dreptului de

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² De altminteri, pactul de preferință se prezintă uneori ca antecontract la o promisiune unilaterală de vânzare (J. Ghestin, B. Desché, op. cit., nr. 171; St. Valory, op. cit., nr. 244). Într-o asemenea situație ar urma să se distingă: înainte ca promitentul să se decidă să vândă, pactul de preferință își urmează regulile proprii și care decurg din absența consimțământului definitiv la vânzare; dacă intervine faptul generator, constând în decizia de a vinde, pactul de preferință se transformă într-o promisiune unilaterală de vânzare, se produce deci «un fel de novație».

²⁵³ Codurile mai recente – și mai moderne – fac referire atât la promisiunea de a încheia un contract, cât și la pactul de preferință, dar pe când primul este definit, cel de-al doilea este numai evocat (art. 1396-1397 din Code civil du Québec. Civil Code of Québec, Baudouin. Renaud, 2002-2003, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée).

²⁵⁴ În sensul unei viitoare reglementări, a se vedea dispozițiile art. 548 și urm. din proiectul Codului civil.

²⁵⁵ M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 330.

proprietate²⁵⁶, constând în dreptul de proprietate pe care îl are o persoană, denumită superficial, asupra construcțiilor, plantațiilor sau altor lucrări care se află pe o suprafață de teren ce aparține unei alte persoane, teren asupra căruia superficialul va avea un drept de folosință²⁵⁷. Ar rezulta astfel un conținut complex al unuia și aceluiași drept: suprapunerea a două drepturi de proprietate ce aparțin la doi proprietari diferiți și dreptul superficialului de a folosi terenul proprietatea altuia²⁵⁸.

Câteva precizări preliminare²⁵⁹: dreptul de superficie poate să privească suprafața totală a terenului sau numai o parte din aceasta, adică el poate fi complet sau integral ori incomplet sau parțial; el poate fi perpetuu, ca orice drept de proprietate, sau limitat în timp, prin clauzele convenției sau prin dispozițiile legii; dreptul de superficie privește atât lucrurile situate pe suprafața terenului, cât și în subsolul acestuia, chiar fără nici o legătură fizică în raport cu ceea ce se află la suprafață; dar el poate privi, în cazul construcțiilor în volum, spațiul aflat deasupra solului, inclusiv un

²⁵⁶ S-a considerat că și calificarea astfel a dreptului de superficie este rezultatul unei „aproximări juridice”. În realitate – preciza reputatul civilist într-un tratat reper – „nu dreptul de superficie, în ansamblul său, este un dezmembrământ al dreptului de proprietate privată. Numai prerogativa folosinței și, în mod limitat, prerogativele posesiei și dispoziției asupra terenului se înfățișează ca efect al dezmembrării dreptului de proprietate privată asupra acestui bun” (V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, I, Ed. Humanitas, București, 2004, nr. 232, p. 553).

²⁵⁷ C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. ALL Beck, București, 2001, nr. 342. A se vedea, de asemenea: I. Adam, *Drept civil. Drepturile reale*, Ed. ALL Beck, București, 2002, nr. 54; L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Ed. „Lumina Lex”, București, 2001, p. 185; P. Walet, *Superficie*, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. X, nr. 1.

²⁵⁸ În acest sens C.S.J., secția civilă, decizia nr. 893/1994, în „Dreptul”, 1994, nr. 12, p. 62. Pentru unele observații, a se vedea V. Stoica, op. cit., nr. 232, p. 553.

²⁵⁹ Pe larg asupra superficiei, a se vedea J. P. Marty, *La dissociations juridique de l'immeuble; contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, *passim*.

volum imaterial, afectat însă unei întrebuintări sau unei funcții determinate, situație în care volumul însuși este o proprietate imobiliară²⁶⁰. Așa fiind, poate că mai aproape de realitate este definiția potrivit căreia superficia este dreptul real aparținând unei alte persoane decât proprietarul solului, asupra a ceea ce se află deasupra solului sau în subsol²⁶¹.

Chiar și numai din aceste câteva precizări rezultă deja cu evidență deosebiriile dintre superficie și accesiunea imobiliară artificială²⁶²: accesiunea imobiliară artificială este „un mod de dobândire a proprietății”, alături de celelalte moduri enumerate de lege, iar dreptul de superficie este un „dezmembrământ al dreptului de proprietate”, având reglementări speciale, particulare, izolate și specifice; instituția accesiunii imobiliare artificiale este expres reglementată în Codul civil român, o reglementare generală, de principiu oferind dispozițiile art. 492 și urm. C. civ., în timp ce dreptul de superficie nu are o asemenea reglementare, ci doar una punctuală, circumscrisă unor situații speciale; în cazul accesiunii imobiliare artificiale, proprietarul terenului este prezumat ca fiind și proprietarul lucrărilor, în schimb, în cazul superficiei, cel care face lucrările pe terenul altuia rămâne proprietarul acestora, având un drept de folosință asupra terenului aferent lucrărilor, pe durata existenței acestora; dreptul real de superficie se constituie prin titlu sau direct pe baza dispozițiilor legii, așa încât, ori de câte ori este un titlu, este exclusă aplicarea prevederilor art. 492 C. civ., iar în lipsa acestuia – de regulă o convenție – sunt operante prevederile art. 492 C. civ. cu privire la accesiunea imobiliară artificială.

Evoluția și involuția dreptului de superficie au fost exemplar și metaforic sintetizate sub propoziția „o istorie ciclică”: „*de la vie au sommeil*” și „*du sommeil à la renaissance*”²⁶³.

²⁶⁰ P. Walet, op. cit., nr. 45.

²⁶¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens. La publicité foncière*, 5^e éd., 2002, par Ph. Malaurie, Éditions Cujas, nr. 900.

²⁶² Asupra deosebirilor, a se vedea: V. Stoica, op. cit., nr. 232, p. 553, 554; I. Adam, *Drept civil. Drepturile reale*, cit. *supra*, nr. 16.

²⁶³ Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., nr. 901, 902.

Certe rămân două premise: Codul civil român, asemenea celui francez, dominate de principiile unității și exclusivismului dreptului de proprietate, nu au consacrat *in terminis* și *ca regulă generală* dreptul de superficie, lăsând a se înțelege că «lista» drepturilor reale pe care o cuprinde ar fi limitativă²⁶⁴, contrar realității și contrar libertății convențiilor; superficies atribuie un alt sens – cu semn opus – unui adagiul deja evocat – *superficies non solo cedit*.

Îndeosebi după intrarea în vigoare a Legii nr. 58/1974²⁶⁵ și a Legii nr. 59/1974²⁶⁶, cu privire la superficie s-au conturat trei opinii²⁶⁷: a) În sensul unei prime opinii, «împrumutată» dintr-o secțiune a doctrinei franceze, dreptul de superficie este „indezirabil”, întrucât, asimilat fiind unei „înstrăinări” parțiale a terenului, el „despică” dreptul de proprietate în conținutul său juridic și facilitează „înstrăinările deghizate”; b) Într-o altă opinie, neîmpărtășită însă de practica judiciară, superficies este „dezirabilă”, întrucât o dezmembrare a dreptului de proprietate nu semnifică „înstrăinarea terenului”; c) În fine, s-a considerat că prin stabilirea unor cazuri în care legea admite superficies, aceasta operează cu titlu de

²⁶⁴ *Ibidem*, nr. 109 și urm., precum și *infra*, nr. 57.12. Totuși, s-a considerat că nu poate fi acceptată ideea potrivit căreia pot fi create și alte drepturi reale pe lângă cele recunoscute de legiuitor (V. Stoica, op. cit., nr. 233, p. 555, nota de sub nr. 285).

²⁶⁵ Legea nr. 58/1974 privind sistematizarea teritoriului și localităților urbane și rurale („Buletinul Oficial”, nr. 135 din 1 noiembrie 1974) a fost abrogată prin Decretul-Lege nr. 1/1989 („Monitorul Oficial”, nr. 4 din 27 decembrie 1989).

²⁶⁶ Legea nr. 59/1974 cu privire la fondul funciar („Monitorul Oficial”, nr. 138 din 5 noiembrie 1974) a fost amplu reconsiderată, prin abrogări, în urma adoptării Decretului-Lege nr. 9/1989 („Monitorul Oficial”, nr. 9 din 31 decembrie 1989), a Legii nr. 18/1991 („Monitorul Oficial”, nr. 37 din 20 februarie 1991), republicată, și a Legii nr. 7/1996 („Monitorul Oficial”, nr. 61 din 26 martie 1996).

²⁶⁷ A se vedea *Cr. Alunaru*, Noi aspecte teoretice și practice ale dreptului de superficie, în „Dreptul”, 1993, nr. 5-6, p. 66 și urm., împreună cu amplele repere doctrinare și jurisprudențiale. Cât privește jurisprudența, a se vedea, de asemenea, *I. Adam*, op. cit., nr. 16.

„excepție”, așa încât nu poate fi totuși vorba de admisibilitatea în general a superficies.

Obstacolele legislative fiind înlăturate, revirimentul s-a produs, atât în doctrină, cât și în jurisprudență.

În contextul acestui demers, discutabilă rămâne calificarea superficies: este aceasta sau nu este o ficțiune juridică?

Natura juridică a dreptului de superficie a fost controversată, atât în doctrină, cât și în jurisprudență²⁶⁸.

Într-o primă concepție, așa-numita «concepție monistă», dreptul de superficie este considerat un veritabil drept de proprietate imobiliară²⁶⁹. Din moment ce dreptul de superficie semnifică o

²⁶⁸ În doctrina noastră clasică, împărțându-se opinia că drepturile reale sunt limitativ prevăzute de lege și că, în consecință, ele nu pot fi create în afara legii, s-a considerat totuși că superficies este direct admisă de lege. Articolul 492 C. civ., care consacră principiul acesionii, implică el însuși concluzia că pot exista și excepții (*C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu*, Tratat de drept civil român, Restitutio, cit. *supra*, vol. I, nr. 1603 și vol. II, nr. 691). De altfel, spunea *D. Alexandresco* (op. cit., vol. III, partea 1, p. 222-224) dreptul de superficie face parte dintre imobilele prin natură, despre care vorbește art. 1750 pct. 1 C. civ. În unele legislații, dreptul de superficie a fost reglementat expres. De exemplu, în Belgia, prin Legea din 10 ianuarie 1824, art. 1 al acestei legi definind dreptul de superficie ca drept real asupra unei construcții, lucrări sau plantații asupra fondului aparținând altuia; art. 779 din Codul civil elvețian recunoaște dreptul de superficie ca servitute. Mai recent însă, „proprietatea superficială” este reglementată sub titlul „Modalitățile proprietății”, alături de coproprietate, și este definită ca proprietate asupra „construcțiilor, lucrărilor sau plantațiilor situate pe imobilul aparținând unei alte persoane, *le tréfoncier*” (art. 1009 și art. 1011 din Codul civil al statului Québec).

²⁶⁹ Pentru repere doctrinare, a se vedea *P. Walet*, op. cit., nr. 13, 18. Ideea că dreptul de superficie ar fi un uzufruct sau mai degrabă o servitute care grevează terenul a fost abandonată, considerată de altminteri o „*herésie juridique bâtie en l'air*”. Curtea de Casație franceză a considerat cândva, cu multă vreme în urmă, că ar fi vorba de o indiviziune, ignorând cel puțin două elemente esențiale: existența a două drepturi juxtapuse de natură juridică diferită, ceea ce este incompatibil cu noțiunea contemporană de indiviziune; indiviziunea este o stare precară, care reclamă partajul (*Ph. Malaurie, L. Aynès*, op. cit., nr. 901 *in fine*).

derogare de la principiul accesiunii, este normal – s-a spus în susținerea acestei concepții – să admitem identitatea de natură între dreptul de proprietate al superficiarului și cel al proprietarului subsolului, *tréfoncier*,²⁷⁰ concretizând un dezmembrământ al dreptului de proprietate. Majoritatea covârșitoare a doctrinei consideră dreptul de superficie ca un drept de proprietate distinct de dreptul de proprietate asupra solului; dar, el fiind limitat la „superficie”, este un drept de proprietate *sui generis* sau o „proprietate specială”²⁷¹. Nu poate fi deci vorba de o indiviziune, ci de suprapunerea a două drepturi de proprietate concurente.

Totuși, într-o a doua concepție, așa-numita «concepție dualistă», s-a considerat că, din moment ce poate să nu fie perpetuu, dreptul de superficie nu prezintă caracteristicile intrinseci dreptului de proprietate; în raport cu dreptul de proprietate asupra solului, dreptul de superficie apare ca secundar și are un regim juridic original, diferit de cel al proprietății în general. Pe scurt, dreptul de superficie n-ar fi un drept real autonom, ci un drept real accesoriu dreptului de proprietate asupra solului. Teoria monistă ar fi deci „ireală fizic și juridic”²⁷², neputându-se disocia dreptul superficiarului asupra solului și dreptul de proprietate asupra lucrărilor, dreptul superficiarului asupra acestora fiind accesoriu dreptului său asupra solului, ceea ce ar implica de altfel și o ierarhie între acestea.

Suficient însă să spunem, reluând o precizare a Consiliului Constituțional din Franța²⁷³, că actul ce constă în grevarea unui bun

²⁷⁰ Pentru observații critice cu privire la această terminologie, a se vedea: M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 331; Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., nr. 900. În drept, superficiea are ca obiect o înălțime sau o adâncime, în timp ce în limbajul comun ea desemnează o suprafață plană cu două dimensiuni; „le tréfonds” are aici ca obiect solul, deși, obișnuit, el vizează subsolul.

²⁷¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., nr. 905.

²⁷² J.-P. Bertrel, Le bail à consommation, titre constitutif d'un droit de superficie, thèse, Tours, 1981, *passim*, dar îndeosebi L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 1994, p. 737.

²⁷³ Decizia nr. 94-346 din 21 iulie 1994.

care constituie obiectul unui drept real nu este o alienare; așadar, dreptul de superficie nu este translativ de proprietate în ce privește terenul. Pe de altă parte, ideea că dreptul de superficie asupra lucrărilor este un accesoriu al dreptului de proprietate asupra solului, idee de altfel respinsă de doctrina elvețiană și de cea germană, este contrazisă și de faptul că dreptul de superficie poate să privească și un spațiu imaterial²⁷⁴.

Admițând ceea ce ni se pare că trebuie admis, anume faptul că superficiea semnifică o abatere, o excepție de la principiile accesiunii, urmează să se constate că această excepție nu este consacrată legal, *ca principiu general*,²⁷⁵ ci ea a fost admisă doctrinar și jurisprudențial²⁷⁶. Așa fiind, ea poate fi calificată ca ficțiune juridică. Constatarea care primează pentru o asemenea judecată

²⁷⁴ P. Walet, P. Chambelland, La construction en volumes, Masson, 1989, nr. 63.

²⁷⁵ Unele reglementări speciale sau enunțuri în cadrul unor reglementări speciale nu sunt de natură să conducă la un principiu general. Bunăoară, art. 22 din Decretul nr. 167/1958, art. 21 din Legea nr. 7/1996. Este adevărat că, prin *interpretarea* unora dintre dispozițiile legale, s-ar putea deduce că superficiea însăși este consacrată legal. Astfel, interpretând *a contrario* dispozițiile art. 492 C. civ. sau interpretând extensiv dispozițiile art. 30 C. fam., doctrina și jurisprudența au ajuns la concluzia, corectă de altfel, că superficiea este *admisibilă*. Ceea ce ni se pare însă excesiv rămâne concluzia că dreptul de superficie rezultă direct din prevederile legii. *Interpretarea* nu creează instituții juridice sau norme general obligatorii; ea explică, deslușește sensul unor norme în vigoare. Dacă, totuși, pe calea interpretării doctrinare și jurisprudențiale se ajunge la configurarea unei instituții noi sau a unei noi norme generale, nu putem decât să admitem că astfel sunt create ficțiuni juridice, al căror destin depinde de voința legiuitorului (într-o opinie de incontestabilă autoritate, art. 492 C. civ., corespondent al art. 553 din Codul civil francez, „constituie temeiul legal al dreptului de superficie” – V. Stoica, op. cit., nr. 233, p. 555, 556. Autorul însuși preciza însă că dreptul de superficie rezultă din *excepția* la *regula* prevăzută de art. 494 C. civ.).

²⁷⁶ „Practica judiciară și doctrina – spunea și V. Stoica (op. cit., nr. 233, p. 556, 557) – au conturat atât noțiunea, cât și caracterele, modurile de naștere, exercitarea și modurile de stingere ale acestui drept real principal”.

este faptul că superficiala, ca instituție, nu este reglementată de Codul civil, ci ea a fost adăugată celorlalte drepturi reale, contrazicând chiar esența reglementării în materie de accesiune. Natura însă ficțională a dreptului de superficie rezultă, credem, cu pregnanță mai ales atunci când acest drept este exercitat chiar înainte de edificarea lucrărilor pe terenul altuia: pe de o parte, va trebui să se admită că dreptul de proprietate imobiliară poate avea ca obiect un spațiu vid, detașat de sol; pe de altă parte, va trebui de asemenea să se admită că acest spațiu are o natură juridică imobiliară²⁷⁷. «Dematerializarea» obiectului dreptului de proprietate, proprietatea imobiliară putând avea ca obiect și un volum, este evident contrară noțiunii de „imobil prin natură”, definit astfel de art. 463 C. civ. tocmai în considerarea legării lucrului de sol. Ajungem astfel, din nou, în domeniul ficțiunii juridice²⁷⁸.

De lege ferenda, pentru a face să dispară această ficțiune juridică, soluția ar putea fi, după modelul altor legislații, aceea a consacrării dreptului de superficie ca dezmembrământ *sui generis* al dreptului de proprietate, alături de celelalte dezmembrăminte²⁷⁹. Ar fi totuși un dezmembrământ *sui generis*, întrucât ar implica reconsiderarea caracterului perpetuu al dreptului de superficie, acest drept putându-se, în perspectiva unei asemenea reglementări,

²⁷⁷ Într-o opinie, în raport cu ipoteza adusă în atenție, s-a considerat că am fi în prezența unui drept personal. Pentru analiza acestui punct de vedere și a conceptului de «dematerializare» a dreptului de proprietate, a se vedea G. Goubeaux, *Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière, à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles*, Études A. Weill, Dalloz, 1983, nr. 10.

²⁷⁸ A se vedea, împreună cu reperele doctrinare, A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 202. Aceeași concluzie rezultă implicit și dintr-o opinie mai nuanțată: „Teoria proprietății asupra spațiului nu ni se pare fondată *de lege lata*, căci, în starea actuală a tehnicii, este imposibil de priceput o construcție total aeriană, fără suport terestru, direct sau indirect” (F. Zenati, *Le droit des biens dans l'oeuvre du doyen Savatier*, în „L'évolution contemporaine du droit des biens”, Presses Universitaires de France, 1991, p. 22).

²⁷⁹ A.-M. Leroyer, op. cit., nr. 202 *in fine*.

stinge prin neuz; caracterul perpetuu al dreptului fiind în practică „cel mai mare inconvenient al acestui drept” și, din acest motiv, părțile stipulând adesea că el este temporar²⁸⁰. Ar rămâne însă celelalte atribute: posibilitatea ipotecării dreptului, posibilitatea dobândirii lui prin prescripție achizitivă²⁸¹, posibilitatea alienării sau transmiterii lui la moștenitori etc. Ar împrumuta unele trăsături de la alte dezmembrăminte existente, fără însă a se confunda cu vreunul dintre ele.

57.13. Contractul de mijlocire sau de misitie face parte din categoria acelor contracte numite despre care s-a vorbit și se vorbește invers proporțional cu importanța acestuia și frecvența lui întrebuințare, mai ales într-o societate în care „mijlocirea”, „intermedierea”, „medierea” tranzacțiilor, precumpănitor comerciale, a devenit aproape indispensabilă.²⁸² Ne facem datoria să-l readucem în atenție, sub semnul contribuțiilor jurisprudențiale și doctrinare la perfecționarea și întregirea dreptului, inclusiv pe calea unor ficțiuni juridice.

Mijlocirea sau misitia este convenția prin care o persoană, numită mijlocitor sau misit, se obligă, din însărcinarea unui client și în schimbul unei remunerații, să înlesnească inițierea, tranzacționarea sau încheierea unei afaceri comerciale cu un al treilea.

Surprinzător, dar urmând și în acest domeniu modelul francez, legea noastră civilă nu reglementează un asemenea gen de contract.²⁸³

²⁸⁰ *Ibidem*. V. Stoica (op. cit., nr. 234 E, p. 559) spunea, de asemenea, că, deși dreptul de superficie este perpetuu, perpetuitatea „ține numai de natura, nu de esența sa”.

²⁸¹ Constituirea dreptului de superficie prin uzucapiune ar urma să se facă după regulile aplicabile în cazul dobândirii dreptului de proprietate pe această cale (I. Adam, op. cit., nr. 59).

²⁸² Pentru o sinteză, a se vedea F. Sion, *Contractul de mijlocire*, în „Pandectele Române”, doctrină, 1944, partea a IV-a, p. 45 și urm.

²⁸³ El este însă reglementat în alte legislații. Bunăoară, în dreptul german, elvețian, italian. Astfel, sub denumirea de „*courtage*”, art. 412 din legea civilă elvețiană din 1909, nu numai că definește acest gen de contract, dar și adaugă că regulile mandatului sunt aplicabile în principiu;

Contractul de mijlocire prezintă câteva caracteristici care îl deosebesc atât de contractul de mandat și de cel de comision, cât și de locația de servicii. Astfel, deși se convine o remunerație pentru misit, aceasta nu-i va fi plătită decât dacă se încheie afacerea mijlocită de el. Cum mandatul este gratuit numai prin natura, nu și prin esența lui, contractul de mijlocire se apropie de cel de mandat; numai că mijlocitorul nu-l reprezintă pe cel care i-a dat însărcinarea – precum mandatarul îl reprezintă pe mandant –, așa încât nimic din cele convenite de misit nu-l leagă pe clientul său. Apoi, mijlocitorul nu dă socoteală clientului, ca și la mandat; între el și client nu va fi vorba de o lichidare pentru spezele făcute ori de o despăgubire, dacă nu s-a convenit altfel în mod expres. Cât privește comisionul, consacrat de art. 405 și urm. C. com., urmează a se observa că, deși comisionarul lucrează efectiv pentru altul și numai în afaceri comerciale, angajându-și și propria răspundere alături de comitent, la misitie mijlocitorul acționează și cheltuiește pe proprie răspundere, având doar dreptul, în condițiile arătate, să-și ceară remunerația. În fine, în cazul locației de servicii, dreptul la remunerare depinde numai de munca prestată, independent de rezultatul în sine al acesteia, pe când în cazul mijlocirii, activitatea misitului va îndreptăți la remunerare numai dacă ea a avut ca rezultat acordul între clientul său și terț asupra afacerii mijlocite, mijlocirea implicând astfel un risc de finalitate.²⁸⁴

Articolul 3 pct. 12 C. com. consideră operațiunile de mijlocire (sămsărie) în afaceri comerciale ca fiind fapte de comerț, dacă, bineînțeles, actul mijlocit este un act de comerț, potrivit criteriului obiectiv sau subiectiv. Altfel, sămsăria nu va fi decât o operațiune civilă.

În legea italiană din 16 martie 1942, sub denumirea de „*mediazione*”, art. 1754 și urm. definește acest contract și îi precizează elementele caracteristice.

²⁸⁴ Dar astfel convenția de mijlocire nu devine un contract accesoriu al contractului încheiat de clientul misitului; cele două convenții sunt autonome, ele au obiect, cauză și părți diferite. Cel mult, s-ar putea spune că acel contract, *ab incertam*, constituie evenimentul viitor sub care s-a încheiat convenția de mijlocire.

Convenția de mijlocire poate fi expresă sau tacită. S-a considerat însă că, chiar dacă nu s-ar putea face dovada încheierii ei, remunerația va putea fi cerută de către misit printr-o acțiune de *in rem verso*, dacă nimic nu probează gratuitatea mijlocirii.²⁸⁵ Atunci când mijlocirea nu vizează o operațiune comercială, cât privește proba acesteia vor fi aplicabile și dispozițiile art. 1198 C. civ.

Întrucât condiția mijlocirii, sub aspectul obiectului acesteia, este ca bunul să se afle în comerț (un bun prezent sau viitor, corporal sau incorporeal) stăruiesc serioase rezerve cu privire la admisibilitatea curtajului matrimonial.²⁸⁶ Observațiile doctrinei clasice franceze, în marginea unora dintre soluțiile jurisprudenței²⁸⁷ prezintă interes: convenția de curtaj matrimonial a fost considerată nulă când mijlocirea s-a făcut pentru determinarea însăși a actului căsătoriei²⁸⁸, viitorii soți neputându-se uni decât prin liberul lor consimțământ; ea este însă admisibilă când are ca obiect cunoașterea viitorilor soți și, eventual, procurarea unor informații.

²⁸⁵ F. Sion, op. cit., p. 48.

²⁸⁶ «Tocmeala pentru pețitorie» este interzisă, de exemplu, de legea germană și de cea elvețiană. La noi, doctrina și jurisprudența din perioada interbelică, din perspectiva libertății convențiilor, dacă astfel nu se aduce atingere ordinii publice și bunelor moravuri, au considerat admisibilă convenția de pețitorie.

²⁸⁷ M. Planiol, G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. II, La famille, avec le concours de A. Rouast, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1926, nr. 88 și urm.

²⁸⁸ Curtea de Casație franceză s-a pronunțat astfel încă la 1 mai 1855, iar instanțele franceze au urmat consecvent această orientare. La începutul secolului XX o orientare opusă s-a înregistrat atât în doctrină, cât și în jurisprudență. Totul poate fi însă rezumat la următoarea frază: curtajul care vizează consimțământul la mariaj este ilicit; curtajul care constă în simpla apropiere a viitorilor soți este valabil, remunerația având ca și cauză nu obținerea consimțământului candidaților la căsătorie, ci înlesnirea cunoașterii lor și eventual obținerea unor informații (a se vedea, de asemenea, împreună cu doctrina și jurisprudența, D. Alexandresco, Drep-tul civil român în comparațiune cu legile vechi și principalele legislațiuni străine, t. V, „Tipografia Națională”, Iași, 1898, p. 142, 143).

Probleme complexe, asupra cărora nu este locul să stăruim, se pun în legătură cu dreptul la provizion al mijlocitorului în raport cu valabilitatea acordului încheiat prin mijlocire, îndeosebi în cazul contractelor de vânzare-cumpărare.

57.14. Mutabilitatea judiciară a clauzei penale.²⁸⁹ Preluând întocmai și în forma lor funciară textele corespunzătoare din legea franceză, Codul civil român consacră clauzei penale două texte de primă referință. Articolul 1066 C. civ. definește clauza penală ca fiind „aceea prin care o persoană, spre a da asigurare pentru executarea unei obligații, se leagă a da un lucru în caz de neexecutare din parte-i”²⁹⁰. Funcția cominatorie a clauzei penale ni se pare deci evidentă. În sistemul de reglementări cu privire la «efectele obligațiilor», îndeosebi cele având ca obiect «daunele-interese», art. 1087 C. civ. prevede: „Când convenția cuprinde că partea care nu va executa va plăti o sumă oarecare drept daune-interese, nu se poate acorda celeilalte părți o sumă nici mai mare, nici mai mică”²⁹¹. Nu numai că astfel este relevantă funcția compensatorie a clauzei penale, dar se și postulează explicit și imperativ regula intangibilității judiciare a clauzei penale, instanțele atașându-se fără rezerve, atunci când ele însele au fost investite cu soluționarea

²⁸⁹ Pe larg, împreună cu aparatul bibliografic și jurisprudențial, a se vedea I. Deleanu, S. Deleanu, Considerații cu privire la clauza penală, în „Culegere de studii”, 140 de ani de la nașterea lui Constantin Hamangiu, „Pandectele Române”, supliment, Ed. „Rosetti”, București, 2003, p. 113 și urm.

²⁹⁰ Textul art. 1226 din Codul civil francez are o formulare aproape identică, doar că el se referă la „executarea unei convenții”. Totuși, textul este înscris sub titlul „despre obligațiile cu clauze penale”. Ni se pare logic. În contextul preconstituirii unor garanții pentru „executarea” angajamentelor asumate, ceea ce interesează este „obligația” cuprinsă în convenție, nu pur și simplu „convenția”, abstracție făcând de obiectul și cauza acesteia.

²⁹¹ Articolul 1152 alin. (1) din Codul civil francez este identic cu cel din legea noastră civilă, care, cum îndeobște, nu este decât un calc al celui dintâi. Asupra completărilor aduse textului francez, fără însă nici o forță de sugestie în spațiul reglementărilor noastre, vom stăruia aparte.

litigiului, interdicției prevăzute de lege²⁹². Izolat, unele «concesii» – asupra cărora vom reveni – s-au făcut, în contextul soluționării unor acțiuni în anularea hotărârii arbitrale.

Atât art. 1066 și urm. C. civ., cât și art. 1087 C. civ. se referă în general la „obligații”, respectiv la „convenții” cu o clauză penală, așa încât, în principiu, domeniul clauzei penale nu este limitat. Ea este întâlnită atât în practica raporturilor contractuale interne, cât și în practica raporturilor contractuale internaționale²⁹³. A fost și este întrebuințată clauza penală în aproape toate contractele cu titlu oneros, cu executare succesivă sau instantanee; în cele încheiate prin bună înțelegere sau prin adeziune; pentru distribuirea de bunuri și de servicii – licență, concesiune; în contractele de furnizare și în cele de antrepriză, în special pentru favorizarea construcțiilor imobiliare; în diversele operațiuni de credit – leasing, reting, locațiune de servicii –, în contractele de franciză, în contractele de transport, dar și în cele de muncă; izolat, în contractele intervenite între fondatorii grupurilor, pentru a asigura disciplina grupului²⁹⁴; în contractele de împrumut²⁹⁵; într-o opinie, se pare majoritară,

²⁹² Exemplificativ, menționăm: C.S.J., secția comercială, decizia nr. 508 din 16 iulie 1995 (nepublicată); decizia nr. 3086 din 14 iulie 1998 (nepublicată); C.A. Pitești, decizia nr. 200/1998, în „Culegere de decizii pe anul 1998”; C.A. Craiova, decizia nr. 2292/1999 (nepublicată); C.A. Timișoara, decizia nr. 689/R din 17 martie 1999.

²⁹³ A se vedea, inclusiv pentru alte referințe bibliografice: J. Ghestin, sous la direction, G. Viney, P. Jourdain, Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., 2001, nr. 230; G. Paisant, Clause penale, în „Repertoire de droit civil”, t. III, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr., nr. 15.

²⁹⁴ J.Y. Chevallier, Clause pénale, în „Repertoire civil”, Dalloz, nr. 10.

²⁹⁵ J.-R. Mirbeau-Gauvin, Prêt, în „Repertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VIII, nr. 65, 68, 215, 401. Instanța supremă a observat că, la noi, prin art. 1 din Legea nr. 313 din 20 februarie 1979, în contractele de împrumut sau de prestări în natură a fost interzisă introducerea unei clauze penale, art. 2 din aceeași lege dând judecătorului dreptul să anuleze chiar clauzele penale degheizate și tacite (C.S.J., secția civilă, decizia nr. 4592 din 17 decembrie 1999, nepublicată). Interdicția arătată nu se referă însă la stabilirea prin convenție a dobânzilor moratorii,

chiar în contractele cu titlu gratuit²⁹⁶ etc., exprimând principiul libertății convențiilor. Clauza penală poate fi, în principiu, asociată tuturor genurilor de obligații (de a da, a face sau a nu face, de rezultat sau de mijloace, pentru a garanta randamentul sau calitatea unui produs²⁹⁷, pentru neexecutarea unei obligații pozitive, precum

care pot fi prevăzute, dacă nu constituie o clauză penală deghizată (*D. Alexandresco*, Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român, București, 1926, vol. III, p. 271; *C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu*, op. cit., vol. II, p. 553; *Fr. Deak*, Tratat de drept civil. Contracte speciale, Ed. „Universul Juridic”, București, 2001, p. 368) și dacă nu contravin reglementărilor din materia dobânzilor (*Fr. Deak*, op. cit., p. 368). Cu privire la constituționalitatea Legii nr. 313/1979, a se vedea: Curtea Constituțională, Decizia nr. 524/1997, în „Monitorul Oficial al României”, nr. 125 din 25 martie 1998 (excepția a fost însă respinsă ca inadmisibilă). Prin O.G. nr. 9/2000 privind nivelul dobânzilor legale pentru obligații bănești s-a prevăzut că părțile sunt libere să stabilească în convenție rata dobânzii pentru întârziere în plata unei obligații bănești; sub sancțiunea nulității de drept, ordonanța limitează în raporturile civile nivelul dobânzii convenționale.

²⁹⁶ Bunăoară, moștenitorul sau legatarul este amenințat cu pierderea vocației sale dacă va contesta în instanță dispozițiile testamentare ale autorului; gratificatul care nu execută sarcina ce grevează donația sau legatul este amenințat cu privarea de liberalitate (*Ph. Malaurie, L. Aynès*, Droit civil. Les successions et les libéralités, par Ph. Malaurie, Cujas, 1989, nr. 502, nr. 59, 1072; *R. Verdot*, Leqs, în „Répertoire de droit civil”, t. VIII, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 158; *Chr. Paulin*, Testament, în „Répertoire de droit civil”, t. X, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 24. Validitatea unei clauze penale este însă condiționată de respectarea regulilor de ordine publică). *D. Mazeud* (La notion de clause penale, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., 1992, nr. 242-254) contesta însă caracterul de clauză penală atribuit unor asemenea stipulații (în cazul testamentului, ni se pare într-adevăr greu de admis ideea de clauză penală: testamentul este un act esențialmente unilateral de voință; clauza penală este rezultatul unui acord de voințe).

²⁹⁷ *M. Fontaine*, Les clauses pénales dans les contrats internationaux, în „Droit et pratique du commerce international”, 1982, p. 419 și urm. (numărul acestei reviste fiind consacrat în întregime clauzei penale). Pentru alte câteva aspecte în dreptul comerțului internațional comparat, a

obligația de a cumpăra²⁹⁸, sau a unei obligații negative, precum obligația de nonconconurență²⁹⁹, pentru neexecutarea totală sau numai parțială a obligației ori numai pentru simpla întârziere în executarea acesteia³⁰⁰.

Cu privire la intangibilitatea judiciară a clauzei penale, cel puțin două argumente, substanțiale credem, ar putea fi aduse: forța obligatorie a convenției (a) și natura imperativă a normelor care au ca obiect reglementarea clauzei penale, în special a prevederilor art. 1087 C. civ. (b).

a) Clauza penală este – cum s-a spus – „un contract într-un contract”³⁰¹. Or, convențiile în general sunt obligatorii nu numai pentru părți, dar și pentru instanță. Un text legal și-a dobândit celebritatea: „Convențiile legal făcute au putere de lege între părțile contractante” – art. 969 C. civ.³⁰² Dar, dacă pentru instanță însăși convenția părților n-ar avea de asemenea semnificația de „lege”, cea mai gravă dintre impreviziunile care ar putea afecta

se vedea *S. Deleanu*, Contractul de comerț internațional, Ed. „Lumina Lex”, București, 1996, p. 131 și urm.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 424.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 425.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 406.

³⁰¹ *G. Paisant*, op. cit., nr. 9. Sintagma «contract într-un contract» are neîndoiește forță de sugestie sub aspectul evocării accesorialității convenției având ca obiect clauza penală. Sintagma nu trebuie însă să inducă în eroare. Clauza penală poate fi într-adevăr stipulată în contractul principal. Dar nimic nu împiedică stipularea ei într-un înscris separat. Mai mult chiar, validitatea clauzei penale nu depinde de respectarea unui oarecare formalism. Pe scurt, existența ei nu depinde nici de o formulare sacramentală, nici de un anume suport material determinat. O acceptare tacită, în absența unei semnături formale, poate semnifica învoială cu privire la clauza penală.

³⁰² Textul art. 969 C. civ. este și el un calc al prevederilor 1134 din Codul civil francez. Cu privire la evoluția doctrinară și jurisprudențială a semnificațiilor cuvântului «lege» din cuprinsul art. 1134 al legii civile franceze, a se vedea *J.-P. Chazal*, De la signification du mot loi dans l'article 1134, al. 1^{er} du Cod civil, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 2001, p. 265.

contractul ar fi, paradoxal, tocmai solicitarea concursului instanței pentru a prezerva și pentru a valoriza „puterea de lege” a convenției.

b) Natura imperativă a prevederilor art. 1087 C. civ. se sprijină pe ele însele: „(...) *nu se poate* acorda celeilalte părți o sumă nici mai mare, nici mai mică” [s.n.]. O «breșă» în «robustețea» normativă a acestor prevederi pare să fi creat dispozițiile art. 1070 C. civ.: „Penalitatea poate fi împușnată de judecător, când obligația principală a fost executată în parte”. Este însă numai o aparență în ansamblul reglementărilor cu privire la clauza penală, mai ales prin corelarea acestor dispoziții cu prevederile art. 1087 C. civ.: textul art. 1070 C. civ. nu are valoarea unui principiu general cu privire la «reconsiderarea» quantumului clauzei penale, ci este o normă de aplicare limitată, supletivă de voință a părților; chiar reducându-se quantumul clauzei penale, corespunzător executării parțiale a obligației principale, art. 1070 C. civ. nu înlătură aplicarea art. 1087 C. civ. pentru partea rămasă din clauza penală, corespunzătoare neexecutării obligației principale; prevederile art. 1070 C. civ. nu acoperă neexecutarea în întregime a obligației principale, nici situația executării cu întârziere a acesteia și, mai ales, situația obligației de a nu face, asumată de debitor pentru asigurarea obligației principale; creditorul nu poate fi obligat să accepte executarea parțială a obligației și, în compensare, plata penalităților corespunzătoare neexecutării; părțile pot stipula indivizibilitatea obligațiilor, împiedicând astfel aplicarea prevederilor în discuție; în fine, părțile pot să prevadă alte incidente ce ar decurge din neexecutarea parțială a obligației și mijloacele de înlăturare a acestora.

Și totuși, opinăm în sprijinul dreptului instanței de a mări sau de a micșora quantumul clauzei penale.

Astfel cum s-a putut deja reține, în esență, argumentele invocate în sprijinul ideii intangibilității judiciare a clauzei penale sunt polarizate în jurul a două aserțiuni: autonomia de voință și forța obligatorie a convenției (a); natura imperativă a normelor prevăzute de art. 1087 C. civ., cu privire la imposibilitatea de a mări sau de a micșora suma preconstituită ca și clauză penală (b). Sunt oare

aceste aserțiuni inflexibile, nesusceptibile măcar de adecvări sau limitări? Vom încerca să demonstrăm contrariul.

a) Dogma «autonomiei de voință», considerată de regulă ca fiind împrumutată din morala kantiană³⁰³, postula principiul că o persoană nu poate fi supusă nici unei alte legi decât aceea pe care și-a dat-o sieși. Corolarul autonomiei de voință ar fi «libertatea contractuală», atât cât privește «fondul dreptului», cât și «forma» contractului, precum și «forța obligatorie a contractului».

Viața a copleșit însă filosofia și morala contractuală.

Ar fi absurd, desigur, să se ignore rolul voinței de a contracta. Contractul este esențialmente un act volițional, cum de altfel o și spune art. 942 C. civ. Numai că tiparul «autonomiei de voință», așa cum a fost conceput odinioară, este acum depășit, el trebuind să fie remodelat. Într-o altă ambianță filosofică, politică, socială și economică, principiul autonomiei de voință a fost supus unor constrângeri sau limitări: ordinea publică, bunele moravuri, buna-credință; dirijismul contractual se remarcă – și el – în diferite domenii și sub diferite forme (monopolul statului, autorizațiile administrative, contractele administrative, reglementarea uneori prin norme imperative a conținutului contractului, desemnarea adeseori a cocontractantului, acceptarea deliberată a unui dezechilibru contractual, protecția specială a unuia dintre partenerii contractuali etc.), pe scurt, dezarticularea, descompunerea sau refacerea contractelor după voința legiuitorului; emergența economicului nu doar că a diversificat și multiplicat tipurile de contracte, dar a și postulat un nou criteriu de valorizare a contractului – utilitatea.

³⁰³ Firește, nu poate fi ignorată filosofia lui Kant, îndeosebi teorema IV din „Critica rațiunii practice”, dar J. Domat, autorul art. 1134 din Codul civil francez, din 1804, încă din 1694, înainte deci cu un secol de apariția marilor opere ale lui Kant, își motiva propria concepție – „convențiile țin loc de legi” – anunțându-se și astfel triumful raționalismului din „Epoca Luminilor” (a se vedea: J.-P. Chazal, op. cit., p. 265; Chr. Atias, Contentieux contractuel, Librairie de l’Université d’Aix en Provence, 2001, nr. 20, 21).

Totuși, autonomia de voință rămâne axioma raportului contractual. O autonomie însă nu absolută, discreționară, voluntaristă, ci atenuată, raționalizată, pragmatică. S-ar putea deci spune că «autonomia de voință» – ca suport și reper explicativ al principiului libertății contractuale și al forței obligatorii a contractului – marchează în evoluția ei trecerea de la dogmă la paradigmă.

b) Constrângerile sau limitările autonomiei de voință sunt totodată constrângeri sau limitări aduse normelor juridice care postulează autonomia.

O normă juridică nu este imperativă prin ea însăși, ci prin scopul pe care îl urmărește aplicarea ei și prin efectele pe care le antrenează această aplicare. În cazul unor norme imperative, scopul precumpănitor sau primar ori direct îl constituie ocrotirea intereselor private și numai subsecvent ori indirect sunt ocrotite și interesele generale. Aceste norme sunt imperative, dar nu și de ordine publică, așa încât, dacă scopul sau efectele aplicării normei nu sunt cele avute în vedere la emiterea lor ori chiar sunt contrare acestora, nu s-ar putea spune că simpla lor calitate de a fi imperative le face cu totul nesusceptibile măcar de adecvare sau de corecție. În cazul altor norme imperative, scopul precumpănitor ori direct îl constituie ocrotirea intereselor generale și numai subsecvent, implicit ori indirect sunt ocrotite și interesele private. Aceste norme sunt de ordine publică și eventuala lor adecvare sau corecție se află numai la discreția legiuitorului.

Prevederile art. 1087 C. civ. sunt imperative, dar nu și de ordine publică.

Prin O.G. nr. 2/2000 nu s-au abrogat dispozițiile art. 2 din Legea nr. 313/1979 care prevăd dreptul judecătorilor de a modifica clauzele penale excesive, superioare dobânzii legale. Articolul 5 din Ordonanță prevede că, în raporturile civile, dobânda nu poate depăși dobânda legală cu mai mult de 50% pe un an, iar art. 9 din aceeași Ordonanță sancționează cu nulitatea de drept obligația de a plăti o dobândă care depășește acest nivel³⁰⁴. În aceste condiții, s-a

³⁰⁴ În sensul acestei interpretări, a se vedea C.S.J., secția civilă, decizia nr. 785 din 27 februarie 2003, nepublicată.

dedus că clauza penală al cărei obiect îl constituie plata unor daune moratorii, sub formă de dobânzi stabilite în limita dobânzii legale, este compatibilă cu evaluarea legală; nu mai puțin, nulitatea de drept a clauzei penale care excede dobânzii legale poate fi asanată prin modificare judiciară, dacă este cerută de părți³⁰⁵.

Alte argumente, invocate îndeosebi în jurisprudența arbitrală, pot fi aduse în sprijinul ideii mutabilității judiciare a clauzei penale.

O hotărâre a Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României³⁰⁶ are nu numai meritul incontestabil de a «evada» din carapacea mistificatoare a normelor imperative cu privire la clauza penală, de a face să prevaleze interpretarea teleologică a normei, nu pur și simplu condiția formală a acesteia, de a realiza o «breșă» într-o practică judiciară și arbitrală prin excelență conservatoare³⁰⁷, care ignora realitatea, dar și meritul de a fi oferit un reper, observat deja de unele tribunale arbitrale și, cu totul izolat, chiar de unele instanțe – dar numai în cadrul judecării acțiunii în anularea hotărârii arbitrale³⁰⁸ – pentru un alt mod

³⁰⁵ P. Perju, Probleme de drept civil și drept procesual civil din practica secției civile a Înaltei Curți de Casație și Justiție, în „Dreptul”, 2004, nr. 5, p. 196, 197.

³⁰⁶ Sentința nr. 158 din 19 octombrie 1999, în „Revista de drept comercial”, 2000, nr. 4, p. 125-127.

³⁰⁷ Am face totuși observația că, izolat, și înainte, unele instanțe arbitrale au admis reducerea clauzei penale vădit disproportionat în raport cu valoarea reală a prejudiciului. Dar – așa cum s-a spus în epocă – întrucât „nu interesa compensația sau condițiile de echitate”, ci „asigurarea disciplinei contractuale”, prin Instrucțiunile P.A.S. nr. 3/1961 s-a hotărât inadmisibilitatea reducerii clauzei penale (a se vedea I.M. Anghel, Clauza penală, în vol. „Răspunderea civilă”, de I.M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa, Ed. Științifică, București, 1970, p. 386).

³⁰⁸ Dimpotrivă, de principiu, instanța supremă a decis că voința părților în stabilirea clauzei penale nu poate fi modificată de instanțe, în sensul limitării penalităților, contra celor convenite prin contract (C.S.J., secția comercială, decizia nr. 4/2000, în „Revista de drept comercial”, 2001, nr. 9, p. 162).

de abordare a dispozițiilor art. 1087 C. civ., un mod «contemporan» cu legislația altor țări³⁰⁹ în materie și cu orientările internaționale³¹⁰.

Iată propoziția laconică, dar bogată în înțelesuri din această hotărâre arbitrală: „*Regula ireductibilității clauzei penale nu poate fi înțeleasă că s-ar aplica și unei clauze penale abuzive, prin care s-ar încălca exigențele echității și ale bunei-credințe, ale echilibrului între prestațiile părților, și prin care s-ar ajunge*

³⁰⁹ Bunăoară, art. 1384 din Codul civil italian prevede că, atunci când penalitatea este „manifest excesivă”, ea poate fi redusă, „în echitate”; art. 163 alin. (3) din Codul federal elvețian al obligațiilor prevede că judecătorul poate reduce penalitatea dacă o „estimează ca excesivă”; art. 343 din legea civilă germană prevede că, atunci când penalitatea este „excesiv de ridicată”, la cererea debitorului, ea poate fi redusă la un quantum „rezonabil”, ținând seama de „interesul legitim al creditorului și nu numai de interesul său patrimonial”; art. 1152 alin. (2) din Codul civil francez prevede că judecătorul, „chiar din oficiu”, poate „modera sau augmenta pedeapsa convenită, dacă ea este manifest excesivă sau derizorie; toate stipulațiile contrare vor fi prezumate ca nescrise” (pentru informații suplimentare, a se vedea A. Pinto-Monteiro, *La clause pénales en Europe*, Etudes offertes à J. Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 719 și urm., *apud* J. Ghestin, G. Viney, P. Jourdain, op. cit., nr. 229. A se vedea, de asemenea G. Bâldea, *Clauza penală, expresie a răspunderii contractuale*, în „Dreptul”, 2000, nr. 2, p. 50 și urm.). Cum s-a spus, uneori malițios, în prezența unei „adevărute crize a clauzei penale”, a unor „clauze leonine”, în fața „terorismului contractual”, autoritățile legiuitoare au intervenit. „Soluția Codului civil român în materie a rămas în urmă față de cea pe care o găsim în alte sisteme de drept” – remarcă un reputat și distins civilist (C. Bîrsan, *Efectele obligațiilor*, în vol. „Drept civil. Teoria generală a obligațiilor”, de C. Stătescu, C. Bîrsan, Ed. ALL, București, 1992, p. 309).

³¹⁰ A se vedea, de exemplu: art. 3 din Directiva Consiliului Europei, nr. 93/13 din 5 aprilie 1993 cu privire la clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii; art. 3.10 din Principiile UNIDROIT relative la contractele de comerț internațional (Principiile Institutului Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat, de la Roma, elaborate între anii 1971-1994 și aprobate de Consiliul Director în mai 1994); art. 4 al Convenției Benelux.

la îmbogățirea fără just temei a unei părți, în dauna celeilalte părți. Realizarea dreptății trebuie să domine orice mecanism juridic” [s.n.].

Clauza penală nefiind decât un substitut echivalent daunelor-interese, ea nu poate să excedă efectivității acestora, celor prevăzute sau previzibile la momentul încheierii contractului, cuprinzând și o clauză penală. Cu alte cuvinte, quantumul clauzei penale trebuie să reprezinte chiar quantumul daunelor-interese, în scopul reparării *integrale*, dar și *reale* a prejudiciului. Altminteri, clauza penală ar fi pentru creditor o «poliță de asigurare» pentru alte prejudicii sau un mijloc ocult pentru operațiuni speculative.

Dacă evaluarea daunelor-interese se face judiciar, nu vedem un impediment insurmontabil – prin prisma tuturor considerentelor înfățișate – ca tot judiciar, restrictiv sau excepțional, dacă este cazul, să se procedeze la aprecierea quantumului clauzei penale³¹¹.

Este de înțeles ca, în principiu, interpretarea unei norme juridice să fie literală, atunci când acea normă este clară; cu condiția însă ca această interpretare să nu înlăture utilitatea textului normativ. Dar, dacă interpretarea literală a textului legal conduce la consecința înlăturării utilității lui, atunci trebuie să prevaleze interpretarea care este mai conformă logicii și scopului dispoziției interpretate – *ut res magis valeat quem pereat*. Or, în opinia noastră – discutabilă desigur – eficacitatea maximă a prevederilor legale consacrate clauzei penale s-ar obține în condițiile aplicării rezonabile și utile pentru relațiile economice a dispozițiilor care exprimă dimensiunea compensatorie și dimensiunea sancționatoare a clauzei, nu în condițiile admiterii unor penalități strivitoare și

³¹¹ Noul Cod civil, prin dispozițiile art. 1026 alin. (2), ar urma să prevadă această posibilitate: „Instanța poate reduce clauza penală numai atunci când este vădit disproporționată față de prejudiciul ce putea fi prevăzut de părți la data încheierii contractului. Prin efectul reducerii, quantumul clauzei penale nu poate, în nici un caz, să ajungă la nivelul prejudiciului suferit de creditor.”

inechitabile, care ar fi mai totdeauna o sursă de tensiuni și disfuncționalități în materie contractuală.

Un contract are și trebuie să aibă forță obligatorie nu numai pentru că el exprimă voința părților, ci și pentru că el este *util* și *just*.³¹²

³¹² J. Ghestin, *Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat*, 3^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, nr. 266 și urm.

Capitolul V Pseudoficțiuni juridice

58. Preliminarii. Elementul de compunere «pseudo», însemnând «fals», asociat substantivului «ficțiune», care, în vorbirea comună, înseamnă reprezentare contrară realității sau fără corespondent în realitate, poate induce un pleonasm sau chiar un verbiaj. Am preferat totuși sintagma «pseudoficțiuni juridice», asumându-ne reproșurile, pentru a sugera dintr-un început că, uneori, ceea ce s-a considerat ori se consideră a fi «ficțiune juridică» nu poate primi o asemenea calificare, «aparenta» calificare fiind ea însăși o servitute a ficțiunii.

O analiză amplă și profundă, o analiză subtilă și temeinică a «falselor ficțiuni» a făcut deja obiectul unui substanțial demers științific¹, așa încât încercăm doar o sinteză a punctelor de vedere și a argumentelor așezate în jurul unor ipoteze de ficțiuni juridice, nu atât pentru a evita erorile științifice, care, oricum, au fost înlăturate, cât mai ales pentru a cristaliza astfel, încă o dată, «adevăratele ficțiuni», exemplificativ deja descrise.

Vom stăru, de asemenea exemplificativ, asupra unor ipoteze de ficțiuni juridice cu privire la *bunuri*, în înțelesul juridic atașat acestora, cu privire la existența *subiectelor de drept*, cu privire la *obiectivarea voinței la încheierea unui act juridic*, cu privire la *retroactivitatea efectelor juridice*, în materie de *reprezentare* și, în fine, cu privire la *autoritatea lucrului judecat*.

¹ A se vedea G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997, *passim*.

Secțiunea 1

Ipoteze de ficțiuni juridice cu privire la bunuri

59. Clasificarea bunurilor și subrogarea reală sunt cele două ipoteze susceptibile de calificare ca ficțiuni juridice.

Articolul 461 C. civ. – reluând întocmai prevederile art. 516 din Codul civil francez – într-o formulare empirică și de o cuceritoare simplitate realizează o *summa divisio* a bunurilor, precizând că „toate bunurile sunt mobile sau imobile”². Din economia reglementărilor rezultă că la fundamentul acestei clasificări s-a așezat un «criteriu obiectiv», «realitatea materială» a lucrurilor, fiind „mobile prin natura lor” – cum, la modul grosier și poate rizibil chiar ne explică art. 473 C. civ., prin preluarea filologică a textului art. 528 din Codul civil francez – „corpurile care se pot transporta de la un loc la altul, atât acele care se mișcă de sine precum sunt animalele, precum și cele care nu se pot strămuta din loc decât prin o putere străină, precum sunt lucrurile neînsuflețite”, și fiind „imobile”, *a contrario*, lucrurile „nemișcătoare”. Din aceeași economie a reglementărilor derivă câteva relevante trăsături³: distincția majoră între mobile și imobile; criteriul «fizic» al acestei distincții; un regim juridic specific pentru imobile, în considerarea valorii lor; preocuparea pentru înșiruirea exhaustivă a imobilelor, astfel încât, într-o manieră maniheistă, tot ceea ce nu este imobil este lucru mobil⁴. Sub toate aceste aspecte, asupra cărora nu este

² Asupra istoricului diviziunii și cu privire la interesul practic al acesteia, a se vedea R. Libchaber, Biens, în „Répertoire de droit civil”, t. III, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 96-116.

³ A se vedea Ph. Malaurie, Les biens. La publicité foncière, 5^e éd., Éditions Cujas, 2002, nr. 116 și urm.

⁴ Astfel s-ar rezolva și situația bunurilor incorporale, căci, în principiu, lucrurile inclasificabile sunt *a priori* mobile. Într-o opinie, și această extindere ar fi constitutivă de ficțiune juridică (J. Dabin, Technique de l'élaboration du droit positif, cit. *supra*, p. 174, 175, 289).

locul să stăruim, reglementarea este nu doar discutabilă, ci, în unele privințe, ea este chiar depășită, anacronică⁵.

În raport cu un asemenea criteriu dihotomic⁶, în raport cu «realitatea materială», precum și în conjunctura statică a lucrurilor, trecerea unor bunuri dintr-o clasă în alta, prin procedeul tehnic al calificării respectivelor bunuri ca „imobile prin destinație” sau ca „mobile prin anticipație” ori prin subrogare reală, a putut fi considerată o alterare deliberată a realității de fapt și, pe cele de consecință, sursă de ficțiuni juridice. Într-adevăr, unele texte explicit, alte texte latent implică asemenea deformări. Articolul 462 C. civ. consacră categoria „imobilelor prin destinație”⁷. „Pentru a se obține efectul de masă dorit, imobilizarea prin destinație începe printr-un *tertîp*, transformând *fictiv* mobilul în imobil. Or acest *tertîp* este inutil, căci mobilul imobilizat nu se prezintă ca un nou imobil care vine să se plaseze alături de altul și care urmează regimul general al imobilelor; dimpotrivă, el face corp cu imobilul prin natură pe care îl flanchează, în cadrul unor operațiuni juridice” [s.n.]⁸.

⁵ Pentru observații critice, a se vedea: Ph. Malaurie, op. cit., nr. 116 și urm.; R. Libchaber, op. cit., nr. 117 și urm.

⁶ Proiectul Codului civil își propune să definească mai întâi bunurile – „lucrurile care pot forma obiectul unui drept patrimonial” (art. 412) –, iar apoi să le grupeze în „mobile” și „imobile”. Unele dintre dispozițiile preconizate pot fi considerate ca relevante și în contextul acestei discuții: bunurile care rămân sau devin imobile – art. 415; bunurile mobile prin anticipație – art. 417.

⁷ Deși această transformare, constând în imobilizarea bunului mobil, nu poate fi sustrasă cu totul din spațiul adagiului *accessorium sequitur principale*, ea nu are la fundamentul ei principiul accesoriului, eventual reformulat: *accessorium sequitur naturam principalis*. Pe larg, a se vedea G. Goubeaux, La règle de l'accessoire en droit privé. Étude sur la maxime „accessorium sequitur principale”, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, nr. 252 și urm.

⁸ R. Libchaber, op. cit., nr. 195. În doctrina noastră clasică, receptivă la cea franceză, s-a spus de asemenea că imobilele prin destinație reprezintă o categorie „fictivă, juridică, în loc de a fi natural, real ca la imobilele prin natură” [C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, Tratat de drept civil român, vol. I, Restitutio, Ed. ALL, București, 1998, nr. 1645 și

Neprevăzută *in terminis* în Codul civil⁹, dar existând latent în unele dintre dispozițiile punctuale ale acestuia, și fără a se afla într-un raport de simetrie cu imobilizarea prin destinație, categoria de asemenea intermediară a „mobilelor prin anticipație” pare și ea o ficțiune juridică, poate mai relevantă decât grupa „imobilelor prin destinație”, întrucât, având la bază două imobile prin natura lor, printr-un artificiu intelectual cele două bunuri sunt separate¹⁰.

Pentru ambele situații s-a considerat a fi vorba de «ficțiuni», întrucât imobilizarea prin destinație, ca și transformarea prin anticipare „nu constituie calificări definitive de natură să aducă atingere naturii proprii bunului”¹¹. Cu referire la imobilele prin destinație, s-a considerat de asemenea că astfel se constituie un „ansamblu fictiv”¹², fictivitatea relevându-se, pe de o parte, prin efectele pe care le antrenează considerarea unor bunuri ca fiind imobile, contrar naturii lor (ipoteca, deplin drept, cuprinde și imobilele prin

mai ales nr. 1647, unde se vorbește de „caracterul imobiliar fictiv, făcându-se și precizarea că, „în dreptul modern, ficțiunile de cele mai multe ori nu mai au nici un sens, deoarece legiuitorul modern poate atinge scopul său în mod direct și fățiș, fără a recurge la mijlocul antic și perimat al ficțiunilor” (s.n.). A se vedea, de asemenea, în același sens: *M. Planiol*, *G. Ripert*, op. cit., nr. 75 și urm.; *Fr. Terré*, *P. Simler*, *Droit civil. Les biens*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 1992, nr. 21; *Ph. Malaurie*, *L. Aynès*, op. cit., nr. 140; *G. Cornu*, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, Précis Domat, 6^e éd., 1993, nr. 909; *J. Carbonnier*, *Droit civil. Les biens*, 15^e éd., Presses Universitaires de France, Thémis, 1992, nr. 66; *S. Guinchard*, op. cit., nr. 77 și urm. ș.a.]

⁹ Este de remarcat că, pasager și izolat, categoria bunurilor mobile prin anticipație a fost descrisă într-un act normativ: „bunuri care prin natură sunt imobile, dar părțile contractante le consideră ca fiind mobile, cum sunt recoltele viitoare [art. 3 lit. f) din O.G. nr. 69/1997, „Monitorul Oficial al României”, nr. 227 din 30 august 1997, abrogată prin O.U.G. nr. 27/2002, aprobată cu unele modificări prin Legea nr. 512/2002].

¹⁰ Tocmai în considerarea existenței *ab initio* a două bunuri, incorporate într-unul singur, ideea de „bun mobil viitor”, de bun *in futurum*, nu este adecvată situației descrise.

¹¹ *R. Libchaber*, op. cit., nr. 192.

¹² *Ph. Malaurie*, op. cit., nr. 141.

destinație; în caz de urmărire a imobilelor, creditorul poate urmări și imobilele prin destinație; în caz de vânzare, de donație, de legate sau de atribuire prin partaj a unui imobil, în lipsa unor clauze contrare, operațiunea juridică înglobează și imobilele prin destinație), iar pe de altă parte prin conservarea totuși a naturii proprii bunului, în pofida transformării lui în imobil prin destinație (sustragerea frauduloasă a unui imobil prin destinație constituie furt; proprietarul bunului poate pune capăt imobilizării prin separarea materială a bunului sau prin alienarea unora dintre părțile lui componente; drepturile care grevează bunul nu sunt cu totul stinse prin recalificarea lui ca bun mobil).

Subrogarea reală s-ar apropia și ea de domeniul ficțiunilor, antrenând, sub anumite aspecte, aplicarea pentru un bun mobil a regimului juridic specific imobilului căruia i se substituie, „corectând astfel criteriul fizic de clasificare a bunurilor”. Ea a și fost calificată astfel: subrogarea reală este „o ficțiune de drept prin care (într-o universalitate) un bun ia locul altuia, împrumutând calitățile acestuia”¹³ [s.n.]. Sunt receptate astfel ecourile doctrinei clasice¹⁴. Bunăoară, în sensul celor precizate de doi iluștri civilişti francezi, „subrogația reală (...) este o ficțiune prin intermediul căreia un bun vine să ia locul altuia pentru a deveni proprietatea persoanei căreia îi aparține acesta din urmă și pentru a dobândi natura lui juridică. Fundamentul acestei ficțiuni se află în fungibilitatea obiectelor care constituie o universalitate de drept”¹⁵.

¹³ *G. Cornu*, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 3^e éd., 1987, p. 784.

¹⁴ Pentru repere doctrinare, a se vedea: *H. Roland*, *L. Boyer*, *Adages du droit français*, 3^e éd., Litec, 1992, p. 385; *É. Savaux*, *Subrogation réelle*, în „Répertoire de droit civil”, t. X, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 1, 3.

¹⁵ *C. Aubry*, *C. Rau*, *Cours de droit civil français d'après la methode de Zachariae*, 4^e éd., t. 6, Cosse, Marchal et Billard, Imprimeurs-Éditeurs, Paris, 1973, p. 235, 236. În sensul că fungibilitatea este o ficțiune, a se vedea *G.N. Luțescu*, *Teoria generală a drepturilor reale. Teoria patrimoniului. Clasificarea bunurilor. Drepturile reale principale*, București, 1947, p. 74, 75.

Dar sunt toate acestea – imobilizarea unui bun prin destinație, considerarea unui bun ca mobil prin anticipare, subrogarea reală – ipoteze ficționale?

Ideea de *afecțiune* conduce inevitabil spre un răspuns negativ. Și această idee este explicit sau implicit cuprinsă în chiar sintagmele arătate, *scopul* urmărit fundamentând și explicând mecanismele și efectele transformărilor aparent ficționale.

În sens general și cuprinzător, pentru situațiile analizate, «afecțiunea» constă în determinarea unei finalități specifice în vederea căreia un bun va fi utilizat¹⁶. Să observăm însă cum se verifică această aserțiune în ipotezele evocate.

60. Afecțiunea reală în cazul imobilizării bunului prin destinație. Categoria «funcțională» a bunurilor mobile imobilizate prin destinație desemnează operațiunea de constituire a unei mase de bunuri mobile în jurul unui imobil prin natură, pentru a le subordona unui regim juridic parțial comun, în scopul valorizării economice a fondului¹⁷. Textele legii civile evocă două metode: imobilizarea prin afecțiune în serviciul și pentru exploatarea fondului – art. 468 alin. (1) C. civ.¹⁸; imobilizarea prin atașare la fond de „efecte mobiliare” „în perpetuu”¹⁹ – art. 468 alin. (3) și

¹⁶ «Afecțiunea» este un termen cu sens multiplu. De exemplu: domeniialitatea publică rezultă din afecțiunea unui bun; fapt material sau act juridic conferind unui bun incorporeal o destinație specifică; obligarea gratificantului să folosească bunul cu destinație determinată; situația unui imobil constituind garanția unei creanțe etc.

¹⁷ Pe larg, a se vedea: P. Gulphe, *L'immobilisation par destination*, thèse, Paris, 1943, *passim*, apud R. Libchaber, op. cit., nr. 196; S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, thèse, Lyon, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, îndeosebi nr. 77 și urm. și nr. 332 și urm.; G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, cit. *supra*, îndeosebi nr. 254 și urm.

¹⁸ „Obiectele ce proprietarul unui fond a pus pe el pentru serviciul și exploatarea acestui fond sunt imobile prin destinație.”

¹⁹ „Mai sunt imobile prin destinație toate efectele mobiliare ce proprietarul a așezat către fond în perpetuu” [art. 468 alin. (3) C. civ.]. „Proprietarul se presupune că a așezat către fond în perpetuu efecte mobiliare,

art. 469 C. civ.²⁰ Prin ambele procedee se conservă coerența unui ansamblu de bunuri²¹.

S-a considerat că cele două tehnici diferă prin aceea că, în cazul celei dintâi, în mod „obiectiv” un bun se atașează altuia, iar în cea de-a doua, „componenta subiectivă este inerentă”²². Ni se pare că, în ambele situații, «voința», «componenta subiectivă» este prezentă și, în cele din urmă, ea este decisivă. Și într-un caz și în celălalt, afecțiunea are necesarmente o bază subiectivă – voința proprietarului, manifest exprimată prin fapte materiale sau prezumată din asemenea fapte.

Nu este însă mai puțin adevărat că imobilizarea „în perpetuu” (*à perpétuelle demeure*), pare a ocupa o poziție-cheie în teoria imobilizării prin destinație²³. Cum remarcă Demolombe, trebuie să se facă o distincție între elementele care alcătuiesc fondul: unele sunt elemente intrinseci, esențiale, constitutive, *pars aedium*; altele nu sunt esențialmente integrate fondului, *non pars aedium*, dar totuși sunt plasate în fond în perpetuu, *propter aedes, perpetui usus causa*. Această din urmă „imobilizare de fapt”, depinzând adeseori de capriciul proprietarului, de gustul sau de fantezia lui, în

când acestea sunt întărite (...) sau când ele nu se pot scoate fără a se strica sau deteriora, sau fără a strica sau deteriora partea fondului către care sunt așezate” [art. 469 alin. (1) C. civ.].

²⁰ Formulările sunt identice celor de la art. 524 alin. (1) și (3) și de la art. 525 din Codul civil francez.

²¹ Ph. Malaurie, op. cit., nr. 137.

²² R. Libchaber, op. cit., nr. 197. În prima situație, imobilizarea își are justificarea în aceea că mobilele destinate serviciului unui fond permit randamentul economic al acestuia, de așa manieră încât fiecare poate constata „cerința obiectivă” pe care o comportă fondul, „totul împlându-se ca și cum imobilizarea emană de la fond, răspunzând unei nevoi pe care o exprimă el însuși”; în cea de-a doua situație, „dimpotrivă” – remarcă autorul – „afecțiunea rezultă dintr-o manifestare de voință a proprietarului”, fără ca atașarea bunurilor mobile să corespundă unei „veritabile necesități exprimate de fond”.

²³ G. Goubeaux, op. cit., nr. 256.

ambianța unei mode sau a unor moravuri, este o imobilizare „artificială și temporară”, urmare a unei „afecțiuni intelectuale”²⁴.

Interesează însă nu semnele exterioare de imobilizare, ci «afecțiunea», care nu este echivalentă încorporării. Fundamentul fixității unor bunuri mobile îl constituie *scopul*, iar scopul înseamnă *voință* și *voința* ne apropie de *teoria actului juridic*. Imobilizarea unor bunuri prin destinația acestora nu este altceva decât modificarea situației juridice a acestora, printr-o manifestare de *voință* făcută în acest scop, adică printr-un act juridic, chiar dacă în suportul *voinței* identificăm și elemente obiective²⁵.

Cum precizam, alăturându-ne astfel unui punct de vedere minoritar, afecțiunea nu este echivalentul intelectual al încorporării; încorporarea – ca fapt material – este numai forma de exteriorizare a afecțiunii, practic a *voinței* autorului sau autorilor încorporării. Având ca premisă o asemenea delimitare între afecțiune și încorporare – delimitare care ni se pare justificată – ideea de ficțiune trebuie exclusă. De altfel, caracterul de imobil prin destinație este relativ, în raport cu anumite persoane sau circumstanțe bunul rămânând mobil²⁶. De exemplu, vânzătorul unui lucru mobil își conservă privilegiul asupra mobilului imobilizat prin destinație pentru plata prețului; în caz de expropriere pentru utilizate publice, în principiu, partea expropriantă nu e ținută să plătească valoarea lucrurilor care sunt imobile prin destinație; ipoteca asupra unui imobil prin destinație poate face obiectul unui *warant*; bunul imobil prin destinație poate fi obiectul material al infracțiunii de furt; debitorul poate consimți la detașarea bunului afectat fondului și, astfel, urmărirea se va face pe calea unei executări silite mobiliare, dacă creditorul ipotecar nu se opune; în cazul executării silite directe, este posibilă, în baza titlului, executarea silită a bunurilor

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ G. Wicker, op. cit., nr. 317 și urm.

²⁶ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil*, 2^e éd., t. III, Biens, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, nr. 78.

mobile afectate imobilului²⁷; dacă un imobil prin destinație se află la originea prejudiciului, se va face aplicarea, după caz, a dispozițiilor art. 1000 alin. (1), respectiv ale art. 1001 C. civ., nu a dispozițiilor art. 1002 C. civ.²⁸

Afecțiunea implică aprehensiunea dinamică a lucrurilor, în considerarea „serviciului și exploatării fondului”, dar și dimensiunea psihologică a operațiunii de încorporare sau atașare a bunului mobil la cel imobil, a accesoriului la principal²⁹. Faptul că – așa cum rezultă din dispozițiile art. 467-469 C. civ. – spre deosebire de simpla încorporare, în cazul imobilizării bunului prin destinație, aceeași persoană trebuie să fie proprietarul imobilului și al mobilului, repudiază dintr-un început pretinsa natură pur obiectivă a afecțiunii. Sigur, s-ar putea spune că, din moment ce lucrurile mobile au fost incorporate fondului „pentru serviciul și exploatarea acestuia” [art. 468 alin. (1) C. civ.], cu alte cuvinte, din moment ce ele sunt absolut necesare fondului, aprecierea subiectivă în realizarea imobilizării este practic insignifiantă. Chiar de-ar fi așa,

²⁷ Pentru asemenea situații, dar și pentru alte ipoteze, a se vedea: M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 78; G. Wicker, op. cit., nr. 319; S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, *Tratat de executare silită*, Ed. „Lumina Lex”, București, 2001, p. 317, 318.

²⁸ De altfel, sub aspectul aplicării dispozițiilor art. 1000 alin. (1) C. civ., distincția între lucruri mobile și lucruri imobile a fost de mult abandonată. Pentru doctrina și jurisprudența franceze, a se vedea: J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations*. 2. Le fait juridique, 9^e éd., Armand Colin, 2001, nr. 242; Fr. Bénac-Schmidt, Chr. Larroumet, *Responsabilité du fait des choses inanimées*, în „Répertoire de droit civil”, t. X, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 39.

²⁹ Deși s-a considerat că imobilizarea prin destinație este „fictivă” și, de altfel, „inutilă”, precizându-se motivul acestei „creații”, s-a evocat factorul subiectiv al imobilizării: „evitarea ca obiecte mobiliare, care sunt accesorii ale unui fond, să fie separate, *contrar voinței proprietarului* și în detrimentul utilității generale [s.n.] (M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 76). În același sens: F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, nr. 73; G. Goubeaux, op. cit., nr. 254; S. Guinchard, op. cit., nr. 45, 80; H.L., J. Mazeaud, F. Chabas, op. cit., nr. 190; G. Wicker, op. cit., nr. 324.

aceasta nu înseamnă că voința este inexistentă, ci, poate, că ea are o motivație obiectivă, că ea este «evident», incontestabil justificată, în afara oricăror înclinații discreționare. Și apoi, în orice caz, o asemenea exacerbare a factorului obiectiv ar fi cu totul imposibilă în ipoteza atașării bunurilor mobile în perpetuu. Coerența instituției imobilizării prin destinație se opune disocierii celor două forme de imobilizare, sub aspectul *voinței* proprietarului de a constitui o unitate a bunurilor ce le care în proprietate. La urma urmelor, chiar în cazul încorporării „pentru serviciul și exploatarea fondului”, rămâne la aprecierea proprietarului cum anume și în ce limite își va întrebuița fondul, inclusiv prin afectarea acestuia numai pentru obținerea de fructe «naturale» propriu-zise.

Nu înțelegem însă ca, astfel, să ignorăm – ca să zicem așa – «contribuția» factorului «obiectiv» la «deliberarea» proprietarului în sensul imobilizării unora din bunurile sale mobile. Raportul de afectațiune nu este rezultatul unei voințe discreționare din partea proprietarului, ci al uneia motivate de necesitatea afectațiunii. Pe de altă parte, afectațiunea însăși trebuie revelată față de terți, pentru a o face opozabilă acestora. Sub ambele aspecte, afectațiunea își obiectivează natura ei reală, chiar pentru ipoteza atașării în perpetuu. Elementul obiectiv este așadar uneori necesar, dar el nu este niciodată suficient pentru a se realiza afectațiunea. Voința proprietarului este în cele din urmă decisivă și singura în măsură să atribuie semnificație juridică necesității obiective.

Voința proprietarului bunurilor este neîndoielnic o «*voință juridică*» și ea produce «*efecte juridice*» – inclusiv față de succesori – constând *nu în transformarea «materială» a unor bunuri* din mobile în imobile – bunurile mobile conservându-și natura lor proprie –, ci în *schimbarea regimului juridic aplicabil* bunurilor devenite imobile prin destinație. Așa fiind, *nu-și are locul ideea de ficțiune, care ar presupune o situație contrară «realității juridice».*

61. Afectațiunea personală în cazul mobilității unui bun prin anticipare. Numai implicit și printr-o interpretare *a contrario* a unora dintre dispozițiile legii civile (art. 465-466 C. civ.) se poate deduce existența „bunurilor mobile prin anticipare”. Acestea sunt

imobile prin natura lor; dar, fiind susceptibile de detașare din structura materială a imobilului la care aparțin, ele pot deveni sau chiar devin bunuri mobile. La momentul anticipării, ele sunt așadar bunuri imobile prin natura lor; prin anticipare se ia în considerare starea lor viitoare; o dată detașate, materialmente și juridic sunt bunuri mobile³⁰. În acest sens se poate spune că anticiparea semnifică o «separare intelectuală» și bineînțeles eterodoxă. De exemplu, vânzarea unor arbori încă netăiați de la sol sau urmărirea silită a recoltelor prinse de rădăcini³¹. Legea sau voința părții ori a părților se raportează la starea viitoare a unor bunuri imobile.

În sensul unor opinii, am fi în prezența unui „artificiu juridic”, constitutiv de „ficțiune juridică”³².

Aserțiunea rămâne însă cel puțin discutabilă.

Obiectul anticipării nu-l constituie bunul propriu-zis, care, oricum, cu sau fără anticipare, va deveni un bun mobil, ci operațiunea juridică al cărei obiect îl constituie bunul. Întrucât natura mobilă a bunului este condiția indeniabilă a producerii efectelor juridice prin operațiunea convenită de părți, în considerarea transformării materiale a bunului în viitor, acesta face obiectul afecta-

³⁰ „Recoltele care încă se țin de rădăcini și fructele de pe arbori, neculese încă, sunt asemenea imobile.” Îndată ce recoltele *se vor tăia* și fructele *se vor culege*, sunt mobile” [s.n.] – art. 465 C. civ. „Arborii *ce se taie* devin mobile” [s.n.] – art. 466 C. civ. În puține cuvinte, aceste texte exprimă limpede și simplu întregul mecanism, aparent complex, al devenirii unor bunuri din imobile în mobile, «soarta» lor naturală și inevitabil juridică. Articolul 417 din proiectul Codului civil, în esență, exprimă aceeași idee: „Bogățiile de orice natură ale solului și subsolului, fructele prinse de rădăcini, plantațiile și construcțiile încorporate în sol devin mobile prin anticipație, atunci când, prin voința părților sunt privite în natura lor individuală în vederea detașării lor”. Dar, „pentru opozabilitate față de terți, este necesară notarea în cartea funciară”.

³¹ O asemenea formă de executare silită este o urmărire mobilă, corespunzătoare atât în privința debitorului proprietar sau uzufructuar, cât și în privința debitorului arendaș (S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, op. cit., p. 406, 407).

³² A se vedea, bunăoară R. Libchaber, op. cit., nr. 94, 192.

țiunii personale – în beneficiul dobânditorului –, astfel schim-bându-i-se nu natura juridică – prin transformarea lui artificială din imobil în mobil –, ci situația juridică derivată din afectatiunea personală. Așa privite lucrurile, „calificarea ca mobil prin anticipare este numai descriptivă, cât privește efectele actului având ca obiect acel bun”.³³

Încheierea actului între părți are deci ca efect afectatiunea personală a bunului care face obiectul operațiunii juridice.

În aceste condiții, rezultă că, prin abatere de la principiul stator-nicit de art. 1295 C. civ. – proprietatea este de drept strămutată, *solo consensu* și imediat – aici, cât privește recoltele, fructele și arborii – cât privește deci această categorie de bunuri – transferul proprietății este temporizat prin chiar natura lucrurilor. Și până la realizarea «efectivă» a transferului, adică până la epoca mobilității materiale a lucrului, dobânditorul acestuia nu are decât un drept de creanță, un drept personal la dobândirea bunului promis, un *ius ad rem*. Spre deosebire însă de vânzarea unor bunuri viitoare, în cazul alienării prin anticipare, acela care înstrăinează nu promite doar faptul său personal, ci mobilitatea bunului și transferul efectiv al proprietății.

Concluzia ce se impune este aceea că ideea de ficțiune juridică, constând în constituirea unei categorii autonome de bunuri – mobile prin anticipare – este inexactă și inutilă.³⁴

62. Subrogarea reală. Prin această sintagmă, în context, înțelegem numai subrogarea reală universală și subrogarea reală cu titlu universal, nu și subrogarea cu titlu particular, care poate opera numai dacă este prevăzută expres de lege și numai în măsura în care legea o prevede.³⁵

³³ G. Wicker, op. cit., nr. 346. A se vedea, de asemenea, J.C. Hallouin, L'anticipation. Contributions à l'étude de la formation des situation juridique, thèse, Poitiers, 1979, nr. 418 și urm.

³⁴ G. Wicker, op. cit., nr. 346.

³⁵ De exemplu, art. 1721 C. civ., art. 24 alin. (1) din titlul VI al Legii nr. 99/1999, art. 28 alin. (2) din Legea nr. 33/1994, art. 12 alin. (4) din Legea nr. 54/1998. Pe larg, a se vedea V. Stoica, Noțiunea juridică de

La modul general și având ca reper sensul etimologic al termenului, subrogarea reală constă în substituirea juridică a unui bun cu altul, în cadrul unei universalități de drept³⁶, împrumutând calitățile bunului substituit;³⁷ ea este „operațiunea juridică prin efectul căreia un bun care, într-un patrimoniu, face parte dintr-o categorie juridică diferită de a celorlalte bunuri, este înlocuit prin altul, care dobândește de drept aceeași calitate pe care a avut-o bunul înlocuit”.³⁸

Ea presupune ca aceeași persoană să fie titulară a două patrimoniului sau acea persoană să aibă un patrimoniu divizat în mai multe categorii, subrogarea reală exprimând astfel „o relație de comunicare interpatrimonială”.³⁹

Indiferent de accentele sau nuanțele dintr-o definiție sau alta, interesează îndeosebi faptul că, prin subrogarea reală, se produce acel «împrumut» sau «transfer» al calităților juridice pe care l-a avut bunul substituit către noul bun, care l-a înlocuit – *subrogatum capit naturam subrogati*.

patrimoniu, în „Pandectele Române”, culegere de studii, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 20, 21.

³⁶ Într-o opinie, pentru ca subrogarea să opereze nu este necesar ca bunurile supuse unei afectatiuni speciale să constituie o universalitate, „ideea de universalitate trecând pe un plan secundar”. „Rațiunea care justifică subrogația are aceeași forță, indiferent că este vorba de un bun izolat sau de un ansamblu de bunuri, indiferent că acest ansamblu are sau nu un caracter de universalitate comparabil cu cel al patrimoniului” (M. Planiol, G. Ripert, op. cit., part. M. Picard, nr. 31).

³⁷ Asupra instituției, a se vedea: M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 26 și urm.; V. Ranouil, La subrogation réelle en droit civil français, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, *passim*; É. Savaux, Subrogation réelle, în „Répertoire de droit civil”, t. X, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, nr. 1-61; G. Wicker, op. cit., nr. 348 și urm.; C. Bîrsan, Drept civil. Drepturile reale principale, Ed. ALL Beck, București, 2001, nr. 12 și urm.; I. Adam, Drept civil. Drepturile reale, Ed. ALL Beck, București, 2002, nr. 18; P.C. Vlăchide, Repetiția principiilor de drept civil, Ed. „Europa Nova”, București, 1994, p. 37 și urm.; V. Stoica, op. cit., nr. 15 și urm., împreună cu celelalte repere doctrinare menționate în aceste lucrări.

³⁸ P.C. Vlăchide, op. cit., p. 37.

³⁹ V. Stoica, op. cit., nr. 16.

În aceste condiții, întrebarea care stăruie este următoarea: subrogarea reală este o sursă de ficțiune juridică?

Doctrina clasică franceză⁴⁰, fidelă interpretării glosatorilor și altor linii de gândire anterioare, a răspuns afirmativ, considerând subrogarea reală o «ficțiune juridică legală», al cărei rezultat îl constituie dobândirea unei calități juridice transmise sau preluate de la vechiul bun, substituit. Domeniul subrogării a fost circumscris prin evocarea a două adagii: *in iudiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii* – ceea ce ar însemna orice valoare care intră într-o universalitate juridică se află deplin subrogată aceleia căreia îi ia locul; *in iudiciis singularibus, pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii* – ceea ce ar însemna că subrogarea reală nu poate fi admisă, în principiu, atunci când e vorba de bunuri individual considerate, în lipsa unei dispoziții a legii sau a unei declarații a părților.

Subrogarea reală – s-a spus la vremea aceea – este „o ficțiune în sensul căreia un obiect înlocuiește un altul pentru a deveni proprietatea persoanei căreia i-a aparținut cel din urmă și pentru a îmbrăca natura sa juridică”.⁴¹ Izolat, în lucrări relativ recente, ideea ficțiunii a fost reluată: subrogarea este o ficțiune de drept prin care, într-o universalitate, un bun ia locul altuia, împrumutându-i calitățile”.⁴² Așadar, precum s-a spus odinioară, *subrogatum capit naturam subrogati*, iar aceasta este o ficțiune.

În cazul universalităților de drept, subrogarea reală operează, în sensul celor arătate, deplin drept, ca mecanism inerent patrimoniului, fondată pe fungibilitatea elementelor care îl compun. Fungibilitatea nu se confundă însă cu subrogarea reală: prima este o calitate a elementelor patrimoniale, „adică tocmai premisa care face posibilă subrogația reală ca operație juridică”.⁴³

⁴⁰ Pentru indicații bibliografice, a se vedea: *M. Planiol, G. Ripert*, op. cit., nr. 27; *G. Wicker*, op. cit., nr. 349.

⁴¹ *C. Aubry, C. Rau*, op. cit., 4^e éd., t. VI, par. 575.

⁴² *G. Cornu*, op. cit., p. 784.

⁴³ *V. Stoica*, op. cit., nr. 17. A se vedea, de asemenea, *I. Lulă*, Unele probleme privind noțiunea de patrimoniu, în „Dreptul”, 1998, nr. 1, p. 18, 19.

Cu timpul, ideea ficțiunii a cedat în fața ideii afectațiunii. „Subrogația reală trebuie obișnuit admisă totdeauna când este vorba de conservarea destinației valorii unui bun supus unei *afecțiuni* speciale și totdeauna când este vorba de a asigura *restituirea unei mase de bunuri* (...) Analiza fundamentului și a rolului subrogației în cele două serii de cazuri în care ea intervine nu justifică să se vadă în ea o ficțiune. Subrogația nu are ca rezultat *modificarea caracterului sau calității juridice* a unui bun, ci supunerea noului bun afectațiunii sau obligației de restituire al cărei obiect îl constituia vechiul bun”.⁴⁴ În aceste condiții, ori de câte ori un bun este afectat unui scop determinat, el este considerat mai degrabă sub aspectul „valorii lui pecuniare” decât în „individualitatea lui materială”.⁴⁵ Așadar, în marginea adagiului *subrogatum capit naturam subrogati*, cât privește «natura» lucrurilor care se subrogă, nu este vorba de calitățile lor intrinseci sau extrinseci, ci de regimul juridic al bunurilor.⁴⁶ Mai mult însă, cum s-a precizat,

⁴⁴ *M. Planiol, G. Ripert*, op. cit., nr. 29. În același sens, a se vedea tezele, studiile, adnotările menționate de *G. Wicker* (op. cit., nr. 350, nota de sub nr. 14).

⁴⁵ De exemplu, bunurile care fac obiectul comunității de bunuri între soți, bunurile aparținând unei succesiuni acceptate sub beneficiu de inventar, bunurile care fac obiectul unei donații sau a unui legat cu afecțiune specială, bunurile grevate de substituție.

⁴⁶ *H. Roland, L. Boyer*, *Adages de droit français*, 3^e éd., Litec, 1992, p. 828; *V. Stoica*, op. cit., nr. 19. Cum spuneam de asemenea, „valorile nou intrate în patrimoniu dobândesc *marca juridică* a celor înlocuite. În sens larg, adagiul poate cuprinde și subrogarea personală, în condițiile prevăzute de art. 1106-1109 C. civ., întrucât, făcând plata, persoana care îl subrogă pe cel plătit beneficiază de toate garanțiile și accesoriile obligației plătite, având la dispoziție pe lângă acțiunile creditorului plătit și o acțiune proprie, izvorâtă, după caz, din mandat, gestiune de afaceri sau îmbogățire fără justă cauză. *Mutatis mutandis*, s-ar putea deci spune că *res succedit pretio et pretium rei*” (*I. Deleanu, S. Deleanu*, Mică enciclopedie a dreptului. Adagii și locuțiuni latine în dreptul românesc, Ed. „Dacia”, Cluj-Napoca, 2000, p. 389). Cu privire la subrogarea personală, a se vedea îndeosebi: *J. Mestre*, *La subrogation personnelle*, Aix, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, *passim*;

înlocuirea privește, în egală măsură, drepturile și obligațiile patrimoniale, „consecvența logică obligând la o corelație corespunzătoare între definirea noțiunii juridice de patrimoniu și înțelegerea subrogației reale”.⁴⁷

Subrogarea reală este complementul afectațiunii, indiferent că este vorba de un ansamblu de bunuri sau de un bun izolat și indiferent de faptul că afectațiunea rezultă din lege sau din voința părților. Precizarea este necesară, întrucât, uneori, s-a susținut că ar exista totuși ficțiune: în cazul subrogării cu titlu particular, atunci când calitatea juridică transmisă nu este rezultatul voințelor individuale; în cazul unor universalități, atunci când stabilirea unei valori de afectațiune nu poate fi decât rezultatul dispozițiilor legale.

Subrogarea reală nu este deci o ficțiune, ci complementul afectațiunii, un mijloc tehnic de preservare a afectațiunii unei valori unui scop determinat, mai ales că „ficțiunea însăși este tot o operațiune de tehnică juridică”.⁴⁸ Ar fi așadar „un mecanism de aplicație generală, care nu interesează numai distincția între bunuri”⁴⁹ sau, într-o opinie nuanțată, subrogarea reală are valoare explicativă cu titlu subsidiar, în lipsa unui alt mecanism juridic⁵⁰.

Cu alte cuvinte, dezvoltând ideea afectațiunii, subrogarea reală a fost postulată ca principiu general, susceptibilă de a fi invocată totdeauna când nu există posibilitatea invocării dreptului de urmărire sau a inalienabilității. Concluzia este însă contestată pentru motivul că ea conduce fie la rigiditatea excesivă a instituției, fie la extinderea ei nelimitată:⁵¹ fie noțiunea de «afectațiune» ar urma să fie precis definită și atunci, restrictiv, ea nu poate

M. Billiau, *La transmission de créances et des dettes*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, nr. 78 și urm.

⁴⁷ V. Stoica, op. cit., nr. 19.

⁴⁸ P.C. Vlachide, op. cit., p. 38; V. Stoica, op. cit., nr. 17 *in fine*. În același sens, alături de alți autori, a se vedea É. Savaux, op. cit., nr. 1.

⁴⁹ Ph. Malaurie, op. cit., nr. 142.

⁵⁰ V. Ranouil, op. cit., nr. 79-82 și p. 94-101.

⁵¹ Pe larg, a se vedea: M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Alger, 154, nr. 412 și urm., *apud* G. Wicker, op. cit., nr. 351, nota de sub nr. 19; V. Ranouil, op. cit., p. 66 și urm.; S. Guinchard, op. cit., nr. 367.

acoperi toate cazurile de subrogare; fie definiția ar urma să fie flexibilă și atunci noțiunea va ajunge să fie imprecisă, cu consecințele ce ar decurge din flexibilitatea noțiunii. Subrogarea ar ajunge iarăși să fie considerată o ficțiune operabilă la bunuri și drepturi similare inșanjabile, în pofida înlocuirii lor, sau la operațiuni de echivalență, pentru reconstituirea valorii unei mase de bunuri sau a unui bun izolat.

O observație ni se pare nu numai corectă, dar și incontestabil necesară și utilă: subrogarea reală nu constituie o noțiune «uniformă» – eroare a teoriei ficțiunii și în egală măsură a teoriei excesive cu privire la afectațiune –, ci una «proteiformă», a cărei semnificație și al cărei domeniu diferă, după cum obiectul ei este acela de a determina consistența unei mase de bunuri, de a permite reevaluarea unei datorii de valoare sau de a asigura conservarea unui drept.⁵² În toate aceste ipoteze, nici soluția preținsei ficțiuni nu este aceeași. Ideea de afectațiune și-ar putea găsi justificare numai în această din urmă situație, când se asigură conservarea unui drept prin înlocuirea obiectului acestuia. În celelalte situații, altele pot fi explicațiile de natură să repudieze ideea de ficțiune:

a) Subrogarea reală îndeplinește doar o funcție descriptivă în cadrul patrimoniului, având ca sens integrarea unui bun într-o universalitate de drept, în scopul ca el să dobândească calitatea de element al acestei universalități, un *res universitatis*. Subrogarea reală s-ar justifica în acest domeniu prin fungibilitatea generală a elementelor patrimoniului, în scopul asigurării coerenței lui.⁵³ O fungibilitate «generală» așadar, *lato sensu*, al cărei sens nu se reduce la înlocuirea unui bun cu altul, ci – cum s-a mai spus – la

⁵² G. Wicker, op. cit., nr. 352 și urm.

⁵³ C. Aubry, C. Rau, op. cit., p. 235, 236. În acest sens, în doctrina noastră, a se vedea: P.C. Vlachide, op. cit., p. 37; V. Stoica, op. cit., nr. 5, 7. Pentru observații critice la teoria lui C. Aubry, C. Rau, se vedea H.L.J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1^{re}, 4^e éd., par Michel de Juglart, Éditions Montcrestien, 1967, nr. 290-293. Interesează în context observația neîndoienic judicioasă că dreptul de gaj general al creditorilor chirografari nu are ca fundament subrogația (nr. 293).

integrarea aceluia bun într-o universalitate de drept. O astfel de integrare putând să nu aibă nici o legătură cu subrogarea reală a bunului, fiind – și din acest motiv – cu totul străină ideii de ficțiune.

b) Subrogarea reală îndeplinește o funcție lichidativă în cazul unei *datorii de valoare*, fiind un remediu față de nominalismul monetar. Datoria de valoare⁵⁴ – traducere literală a termenului german *Wertschuld*, prin opoziție la termenul *Geldschuld*, semnificând o datorie în bani, nominală – este o obligație hibridă sau o formă intermediară de obligație, între cea pecuniară și cea în natură⁵⁵: datoria care, deși este exprimată și este plătită în bani, se află la adăpost de riscul deprecierei monetare, reprezentând, în ziua reglării obligației, valoarea efectivă a ceea ce se datorează creditorului.⁵⁶

Pe scurt și altfel spus, prin mecanismul «datorii de valoare», expresie a idealului de justiție comutativă, «valorismul» se opune «nominalismului monetar», în scopul reparării integrale a prejudiciului. Obiectul datoriei de valoare nu este nici un lucru, nici banii – moneda nu este niciodată *in obligatione*, ci *in solutione* –,

⁵⁴ Pe larg, a se vedea: G.L. Pierre-François, La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une théorie, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, *passim*; J.M. Durand, La dette de valeur en droit français, thèse, Paris II, 1972 *passim*; Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, 5^e éd, Précis Dalloz, 1993, nr. 580, 863, 994 și 1241; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique, 9^e éd., Armand Colin, 2000, îndeosebi nr. 48; G. Wicker, op. cit., nr. 378 și urm.

⁵⁵ Interesantă, sugestivă și utilă clasificarea obligațiilor în raport cu obiectul acestora: obligația *pecuniară* este o obligație de rezultat, sensibilă la variațiile monetare și susceptibilă de executare forțată; obligația *de a da*, un alt lucru decât bani, și *datoria de valoare* sunt obligații de rezultat, insensibile la variațiile monetare și susceptibile de executare forțată; obligația *de a nu face* este o obligație de rezultat, insensibilă la variațiile monetare și, în principiu, nesusceptibilă de executare forțată; obligația *de a face* este uneori o obligație de rezultat, alteori ea este obligație de mijloace, insensibilă însă – în ambele ipoteze – la variațiile monetare și, în principiu, nesusceptibilă de executare forțată (J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., nr. 50).

⁵⁶ A se vedea și *supra*, nr. 39-41.

ci o «valoare», aceea a prejudiciului în materie de responsabilitate (de exemplu, în cazul unei obligații alimentare sau în cazul «raportului»⁵⁷).

Chestiunea precumpănitoare în context este aceea dacă în ipoteza datoriilor de valoare funcționează mecanismul subrogatoriu și dacă subrogarea reală în materia datoriilor de valoare este constitutivă de ficțiune juridică.

Această chestiune s-ar pune însă numai atunci când datoria de valoare este inclusă într-un bun sau reprezintă valoarea unui bun. Două ipoteze pot fi aduse în atenție: constituirea datoriei într-o datorie de valoare; asigurarea conservării datoriei.

– Pentru prima ipoteză, ar urma mai întâi să se observe că, uneori, de la început, datoria poate fi una de valoare, atunci când ea rezultă din transmiterea unui bun și când restituirea lui în natură este preferată unei restituirii prin echivalent. Datoria are ca obiect valoarea bunului, exprimabilă monetar numai la momentul executării.⁵⁸ Într-o asemenea situație, nu există nici o înlocuire, o subrogare a bunului.⁵⁹

Alteori însă mecanismul subrogatoriu își dovedește utilitatea, atunci când restituirea privește o sumă de bani, folosită pentru dobândirea, ameliorarea sau conservarea unui bun.⁶⁰ Într-o

⁵⁷ Pentru unele precizări, în contextul reglementărilor noastre actuale, a se vedea D. Chirică, Drept civil. Succesiuni și testamente, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 683-693.

⁵⁸ A se vedea G.L. Pierre-François, op. cit., nr. 170 și urm.

⁵⁹ De exemplu, restituirea de către uzufructuar, „în aceeași cantitate, calitate și valoare sau prețul, la sfârșitul uzufructului”, a lucrurilor consumate (art. 526 C. civ.); calculul părții disponibile, prin adăugarea și a bunurilor de care s-a dispus prin donațiuni între vii, „după starea lor din momentul donațiunii și după valoarea ce au avut în momentul morții donatorului” (art. 849 C. civ.).

⁶⁰ De exemplu, în cazul accesiunii, dacă acela care a plantat sau construit a fost de bună-credință, proprietarul, neputând cere ridicarea lucrărilor, va putea „plăti o sumă de bani egală cu aceea a creșterii fondului” [art. 494 alin. (3) C. civ.]. Cu privire la constituționalitatea acestor dispoziții, a se vedea I. Deleanu, Problema constituționalității prevederilor

asemenea situație, subrogarea reală are ca rezultat reevaluarea datoriei, corespunzător valorii incluse în bun, datoria fiind una de valoare, nu o simplă obligație pecuniară. Dar formarea unei datorii de valoare prin mecanismul subrogației nu este constitutivă de ficțiune juridică⁶¹, întrucât nu alterează nici un concept, ci operează pur și simplu ca excepție de la nominalismul monetar.⁶²

– Pentru ceea de-a doua ipoteză – conservarea unei datorii de valoare⁶³ – s-ar putea readuce în atenție dispozițiile art. 849 C. civ. cu privire la determinarea rezervei și a cotității disponibile, masa de calcul constituind-o „patrimoniul pe care *de cuius* l-ar fi lăsat dacă nu ar fi făcut donații, adică un patrimoniu reconstituit fictiv”.⁶⁴ Exemplul explicit îl oferă însă noile dispoziții ale art. 860 alin. (2) din Codul civil francez: „Dacă bunul a fost alienat înainte de partaj, se va ține seama de valoarea pe care o avea la epoca alienării și, *dacă un nou bun a fost subrogat bunului alienat, de valoarea acestui nou bun la epoca partajului*” [s.n.]. Subrogarea reală intervine, în asemenea ipoteze sau altele similare lor, pentru a se asigura permanența datoriei de valoare, menținând variabilitatea expresiei ei monetare, prin opunere la principiul nominalismului monetar. Dar aceasta nu este o sursă de ficțiune juridică.⁶⁵

art. 494 alineatul ultim teza a doua din Codul civil român, în „Dreptul”, 2002, nr. 6, p. 18 și urm. și nota critică la Decizia Curții Constituționale nr. 91/2003, în „Pandectele Române”, 2003, nr. 3, p. 25 și urm.

⁶¹ G.L. Pierre-François, op. cit., nr. 460, 461; G. Wicker, op. cit., nr. 379.

⁶² A fost însă uneori calificat ca ficțiune juridică nominalismul monetar (a se vedea, bunăoară P. Woodland, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, thèse, Paris, 1981, p. 591, 592, *apud* G. Wicker, op. cit., nr. 379, nota de sub nr. 145, cu observația autorului că „nu este vorba de o ficțiune juridică, prin alterarea unui concept, ci de o ficțiune-regulă constând în ignorarea realității materiale, aici a realității economice”). A se vedea și *supra*, nr. 39-41.

⁶³ A se vedea: G.L. Pierre-François, op. cit., nr. 463 și urm.; J.M. Durand, op. cit., p. 46 și urm.; V. Ranouil, op. cit., p. 231 și urm.

⁶⁴ D. Chirică, op. cit., nr. 420.

⁶⁵ G. Wicker, op. cit., nr. 380.

Subrogarea nu alterează nici un concept juridic sau, în sens mai larg, ea nu provoacă o ruptură în raport cu «realitatea juridică»: nu supune bunul care se substituie regimului juridic al bunului substituit; nu modifică natura drepturilor incidente subrogației. Funcția ei nu este decât „contabilă” sau „lichidativă”, fiind numită – din acest motiv – „subrogație imperfectă” sau „subrogație lichidativă”.⁶⁶

Pe scurt, subrogația operează numai ca excepție de la principiul nominalismului monetar, așadar neputând fi considerată ficțiune juridică.

c) Subrogarea ar putea avea ca scop și rezultat conservarea unui drept prin înlocuirea obiectului acestuia. Este ipoteza în care ideea de afectațiune și-ar putea găsi justificare. În esență, ar fi vorba de transmiterea dreptului – altul decât dreptul de proprietate – cu care se afla în raport bunul subrogat asupra bunului care se subrogă. În pofida substituirii bunului, situația juridică a titularului acestui drept rămâne neschimbată, așadar ideea de ficțiune apare dintr-un început ca extrem de îndoielnică. Câteva exemple pot fi considerate tipice.

În contextul drepturilor personale, mecanismul subrogatoriu presupune ca un bun nou să se substituie aceluia care, inițial, constituia obiectul prestației. Potrivit art. 1156 alin. (1) C. civ., obligația de a da un corp cert și determinat⁶⁷ se stinge dacă, fără culpa debitorului și înainte de a fi pus în întârziere, bunul pierde, se pierde ori este scos din comerț. Spre deosebire de textul art. 1303 din Codul civil francez⁶⁸, art. 1156 C. civ. nu înscrie *in terminis* obligația debitorului de a ceda creditorului său drepturile și acțiunile în despăgubire, în raport cu acel bun, dacă acestea există. Obligația trebuie însă subînțeleasă, în măsura în care ea subzistă, căci, în principiu, creditorul unui corp cert devine proprietar din

⁶⁶ É. Savaux, op. cit., nr. 9, împreună cu bibliografia, în special Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, Cujas, 1994-1995, nr. 906.

⁶⁷ Poate fi vorba, mai rar însă, și de obligații cu privire la lucrurile determinate *in genere*, în pofida regulii *genera non pereunt*.

⁶⁸ Textul a fost preluat din opera lui Pothier, *Obligations*, nr. 670.

momentul încheierii contractului, așa încât acțiunea în despăgubire contra unui terț îi aparține lui, nu debitorului ce ar urma să i-o cedeze.

Explicit însă datele problemei rezultă din dispozițiile art. 23-24 ale titlului VI din Legea nr. 99/1999, privind regimul juridic al garanțiilor reale mobiliare⁶⁹: „garanția reală își menține existența și validitatea pe bunul sau dreptul *afectat garanției*”; „dacă debitorul nu își îndeplinește obligația și dispune de bunul sau de dreptul *afectat garanției*, creditorul are posibilitatea de a-și exercita dreptul *asupra bunului afectat garanției*, care se găsește în posesia unui terț, sau asupra produselor rezultate din acesta ori asupra ambelor”; în fine, mai clar, „*orice bun care înlocuiește bunul constituit ca garanție sau bunul în care a trecut valoarea bunului afectat garanției se presupune a fi produs al bunului inițial*, cu excepția cazului în care debitorul nu face proba contrarie [s.n.]”.

Există în aceste situații sau în altele asemănătoare elemente ficționale⁷⁰?

Ideea potrivit căreia conservarea unui drept personal prin substituirea obiectului prestației constituie o ficțiune juridică ar putea fi luată în considerare numai dacă ansamblul elementelor care structurează dreptul subiectiv, corelativ unei obligații, ar fi considerate intangibile; or, din economia reglementărilor în materie rezultă că este posibilă modificarea unui element substanțial al obligației. Pe de altă parte, elementele „materiale” nu sunt decât mijloace de a realiza scopul urmărit, așa încât bunul care constituie obiectul prestației îndeplinește doar un „rol instrumental” în raport cu scopul urmărit, el este „afectat” plății. Nu interesează deci bunul în individualitatea lui, ci funcția ce o are de îndeplinit, utilitatea lui pentru satisfacerea scopului urmărit; or, această utilitate este aceeași pe care o avea bunul substituit.⁷¹

⁶⁹ „Monitorul Oficial al României”, nr. 236 din 27 mai 1999.

⁷⁰ Pe larg, a se vedea G. Wicker, op. cit., nr. 384 și urm.

⁷¹ G. Marty, P. Raynaud, P. Jestay, *Traité de droit civil. Les obligations*, t. II, 2^e éd., Sirey, 1989, nr. 442.

În cazul *garanțiilor reale*, substituirea obiectului dreptului real asupra lucrului n-ar putea fi calificată ca ficțiune juridică decât dacă, precum în cazul dreptului de proprietate, s-ar avea în vedere legătura directă dintre titularul dreptului și bunul care face obiectul dreptului.⁷² Ar fi însă un sofism. Spre deosebire de dreptul de proprietate, care evocă o legătură directă și imediată de „apartenență” între subiectul de drept și lucrul care formează obiectul dreptului, garanția reală este o tehnică de „afecțare” a unui bun pentru plata obligației, indiferent de mișcarea bunului de la o persoană la alta, este un drept real autonom și cu un regim juridic propriu.⁷³

Afecțarea bunului se poate realiza în considerarea utilității lui pecuniare, a valorii lui, sau în considerarea utilității lui materiale; adică, poate fi vorba de o «afecțare în valoare» sau de o «afecțare în natură». În prima situație, ceea ce interesează este «valoarea» bunului, nu individualitatea lui, așa încât, linear și fără vreun element ficțional, din perspectiva unui raport de echivalență, dreptul în raport cu acel bun se conservă, prin transmiterea lui asupra bunului ce se subrogă; pe scurt, operează subrogarea indemnizației lucrului grevat. Este un principiu general, impus prin natura însăși a garanției reale, individualizarea bunului este numai un mijloc de a-i determina valoarea, aceasta constituind veritabilul obiect al garanției. În cea de-a doua situație, «afecțarea în natură», în considerarea utilității materiale a bunului, s-ar părea că, prin înlocuirea bunului, ca efect al subrogației reale, printr-o «novație» în sens larg vorbind, se recurge de fapt la o ficțiune. Or, deși noul bun, care se subrogă celui vechi, nu are aceleași caracteristici ca aceasta din urmă, este posibil ca, într-un raport de drept determinat, el să aibă aceeași utilitate, să satisfacă același scop.

⁷² Pentru observații critice, a se vedea S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1960, nr. 72.

⁷³ J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, *Droit commun des sûretés réelles*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, nr. 95 și urm.

Secțiunea a 2-a

Ipoteze de ficțiuni juridice cu privire
la existența subiectului de drept

63. Persoana fizică și personalitatea juridică. Având, poate, ca reper fundamental și dispozițiile Decretului nr. 31/1954 privitor la *persoanele fizice* și persoanele juridice, îndeobște, în doctrină, este marcantă înclinația spre echivalență între două noțiuni: «omul», ființa umană ca entitate biologică, și «subiectul de drept». S-a spus astfel că „persoana fizică” este „subiectul individual de drept”, adică „omul”, privit ca „titular de drepturi și obligații civile”⁷⁴; noțiunea de „persoană fizică desemnează omul, privit ca titular de drepturi subiective civile și de obligații civile”, în dreptul modern „orice ființă umană având calitatea de subiect de drept civil”⁷⁵. O oarecare nuanțare, sugestivă însă, s-ar putea deduce din formulări de genul „omul care este *dotat cu personalitate*”, „o ființă umană, o persoană fizică, *devine subiect de drept*, adică este *investită cu personalitate*”⁷⁶ [s.n.]. Astfel de nuanțări, aparent doar stilistice, nu trebuie expediate, pentru că ele readuc în atenție mereu aceeași întrebare, deloc retorică: trebuie sau nu să se pună semnul identității între „om», «ființă umană» și «subiect de drept»? Cu alte cuvinte, «subiect de drept» și «ființă umană» e totuna? Cel puțin în ambianța noastră juridică și la un prim nivel de aproximare, răspunsul ar fi pozitiv, căci iată: „Capacitatea de folosință începe de la *nașterea persoanei* și încetează *cu moartea acesteia*” [s.n.] – precizează art. 7 alin. (1) din Decretul nr. 31/1954⁷⁷.

⁷⁴ Gh. Beleiu, op. cit., p. 24.

⁷⁵ G. Boroi, Drept civil. Persoanele, Ed. ALL Beck, București, 2001, p. 3.

⁷⁶ E. Poenaru, Drept civil. Teoria generală. Persoanele, cit. *supra*, p. 298, 299.

⁷⁷ În același sens sunt sugestive câteva dintre prevederile cuprinse în proiectul Codului civil: „Persoana fizică este omul, privit individual, ca titular de drepturi și obligații civile” – art. 11 alin. (2); „Capacitatea de folosință începe la nașterea persoanei și încetează o dată cu moartea acesteia” – art. 21.

Se întrevade aici interconexiunea dintre «viața» ființei umane și calitatea acesteia de a fi subiect de drept, «actor» adică pe «scena juridică» sau în decorul ludic al raporturilor juridice. Este substanța a ceea ce s-a numit «concepția strict subiectivă» asupra noțiunii de «persoană juridică», circumscrisă la «persoana fizică». Numai omul, apt să exprime o voință rezonabilă, este o «persoană juridică naturală»; raportul între subiectul de drept și ființa umană s-ar stabili așadar prin intermediul voinței.

În realitate, «persoana fizică» și «subiectul de drept» se situează pe planuri distincte: în timp ce ființa umană este o realitate naturală, subiectul de drept este expresia unei abstractizări juridice; prima e un „*donné brut*”, cea de-a doua e un „*pur construit*”. Cum anume, așadar, persoana fizică «devine» subiect al dreptului subiectiv? Persoana fizică accede la calitatea de subiect de drept, are deci vocația de a fi titulară de drepturi și de obligații prin «investirea» ei cu capacitate juridică, definită ca aptitudine a *omului* de a avea drepturi și obligații *juridice*. Diferența specifică a genului proxim de «capacitate juridică» este «capacitatea de folosință»: „capacitatea de a avea drepturi și obligații *civile*”. Personalitatea juridică a ființei umane și capacitatea de folosință sunt sinonime. Acest singur element nu este însă suficient pentru a exprima calitatea persoanei fizice de titular de drepturi și obligații. Aceste drepturi și aceste obligații alcătuiesc, sub aspect tehnic juridic, «patrimoniul» persoanei fizice, *ca persoană juridică*. El conferă persoanei unicatitate și continuitate; totodată, patrimoniul este suportul obiectiv și forma de manifestare efectivă a personalității juridice.

Din aceste două perspective – capacitatea de folosință și patrimoniu – urmează să verificăm prezența unor ficțiuni juridice.

64. *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur* – copilul conceput este considerat născut totdeauna când aceasta va fi în interesul său. Sursa adagiului o constituie dreptul clasic roman: *qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*.

Articolul 7 alin. (2) din Decretul nr. 31/1954 instituie, în sensul adagiului, o regulă de principiu: „Drepturile copilului sunt

recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu.”⁷⁸ Legea civilă face câteva aplicații speciale ale acestei reguli: potrivit art. 654 C. civ., „pentru a succede, trebuie neapărat ca persoana ce succede să existe în momentul deschiderii succesiunii. Copilul conceput se consideră că există. Copilul născut mort este considerat că nu există.” Pentru materia donației și a moștenirii testamentare, art. 808 C. civ. spune de asemenea: „Este capabil de a primi prin donațiune între vii oricine este conceput în momentul donațiunii. Este capabil de a primi prin testament oricine este conceput la epoca morții testatorului”.

Așadar, deși existența persoanei fizice începe din ziua nașterii, legea civilă recunoaște existența copilului (*qui in utero est*) din ziua concepției, cu singura condiție de a se naște viu.⁷⁹

Aplicarea regulii ce rezultă – cum s-a spus – din această „celebră ficțiune a dreptului” implică câteva condiții de fond: a) Copilul să se nască viu. Legislația noastră, spre deosebire de alte legislații (de exemplu, cea franceză, germană, elvețiană, italiană, spaniolă), nu înscrie și cerința ca acela care a fost născut să fie și viabil (*vitae habilis*); b) Recunoașterea personalității juridice de la concepțiune să fie în interesul copilului, căci „drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune”. Doctrina și practica judiciară au admis însă că poate fi chemat la moștenire și copilul conceput, întrucât, deși el dobândește un drept asupra unei universalități – activul și pasivul succesoral –, acceptarea moștenirii cuvenite

⁷⁸ Articolul 22 din proiectul Codului civil ar urma să reitereze propoziția normativă: „Drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu.”

⁷⁹ Într-o opinie, ar fi mai potrivită formularea condiției de viață a copilului, prin precizarea de a se fi născut „viu și viabil”, întrucât, altfel, în puținele clipe în care copilul a trăit, el poate deveni moștenitor, iar apoi patrimoniul pe care l-a dobândit să fie transmis spre succesorii săi în urma decesului (*E. Poenaru*, op. cit., p. 301.) Așa este, iar art. 725 din Codul civil francez implică și condiția viabilității. Numai că două împrejurări, cel puțin, nu trebuie ignorate: existența totuși, efemeră desigur, a copilului născut viu; insuficiența criteriilor de determinare a viabilității, mai ales sub aspect temporal.

minorului se va face totdeauna sub beneficiu de inventar, moștenitorul plătind deci datoriile succesiunii numai până la concurența valorii bunurilor primite. Într-adevăr, chiar abstracție făcând de o asemenea interpretare, art. 19 din Decretul nr. 32/1954 prezumă că acceptarea moștenirii cuvenite minorului „va fi socotită ca fiind făcută sub beneficiu de inventar”.

Copilul conceput fiind considerat «ca și cum» ar fi fost născut, înseamnă că el nu este pur și simplu o «persoană viitoare».⁸⁰

Dar, prin aplicarea regulii „*infans conceptus*”, din care rezultă atribuirea unei personalități juridice anticipate, suntem în prezența unei ficțiuni juridice?

Dacă viața ființei umane individuale constituie unica și suficientă condiție a personalității juridice, atunci, logic, o personalitate juridică atribuită anticipat n-ar putea fi considerată decât rezultatul sau forma de exprimare a unei ficțiuni juridice.

Totuși, „în pofida rigorii logice aparente” a acestei concluzii, s-a considerat că ea este „inexactă, în măsura în care aceasta este consecința unei analize a capacității de folosință atașată, sub titlu quasi-exclusiv, condițiilor de atribuire a capacității, fără luarea în considerare a sursei acesteia. Or, personalitatea juridică nu este pur și simplu transpunerea juridică iminentă a acesteia persoanei fizice. Cu alte cuvinte, capacitatea de folosință nefiind inerentă individului, ci ea este atribuită acestuia prin lege, este posibil să se considere că regula «*infans conceptus*» nu constituie o ficțiune juridică, ci o formă de stabilire a condițiilor de atribuire a capacității de folosință”⁸¹.

⁸⁰ Așa fiind, stipulația în folosul unei «persoane viitoare» – admisibilă, în principiu, de exemplu printr-o donație cu sarcini sau printr-o asigurare facultativă –, în situația dată, nu vizează în mod necesar copilul conceput, ci, bunăoară, primul copil care se va naște. Prin excepție deci de la regula necesității capacității donatorului, terț beneficiar, de a primi donații, se recunoaște validitatea sarcinii stipulate în favoarea unei persoane viitoare – neconcepute –, cu condiția existenței ei la data executării sarcinii (*Fr. Deak*, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, Ed. „Universul Juridic”, București, 2001, p. 148).

⁸¹ *G. Wicker*, op. cit., nr. 174.

Dezvoltările care urmează,⁸² subtile și susceptibile de a persuade, sunt inevitabile, înainte de a încerca o concluzie proprie.

Sursa drepturilor obiective o constituie, în sens larg, legea. Drepturile nu au valoare practică decât dacă ele sunt recunoscute prin lege.⁸³ Dreptul natural poate fi – și este – un fel de prototip legislativ; el este totodată și una dintre sursele inspiratoare ale romantismului filozofic. Omul însă nu este doar o „ființă naturală”, ci și o „ființă socială”. El este o relație socială. Drepturile sale trebuie să se afle în instituții, în normele juridice ale ambianței lui sociale, nu doar în retorică sau în sistemul axiologic al moralei. Așa încât, în același mod în care drepturile subiective sunt consacrate prin lege, atribuirea calității de subiect de drept și, mai departe, a personalității juridice relevă oficiul legii.⁸⁴ Teoretic deci, atribuirea capacității de folosință nu relevă decât „arbitrariul legii”.⁸⁵ Așadar, pe această linie de gândire, lipsirea prin lege a unei persoane de atributele personalității juridice ori atribuirea acestei personalități sunt, cel mult, ipoteze de «ficțiuni-reguli», adică „ficțiuni care se definesc nu în raport cu conceptele juridice, ci prin referire la natura lucrurilor”. Legea nu se limitează doar la a decide accesul individului la viața juridică, dar ea și determină limitele autonomiei persoanei, adică tocmai capacitatea de folosință. „Spre deosebire de personalitatea juridică, care este indivizibilă – ea există sau nu există – capacitatea de folosință comportă compartimente, permițând astfel să se distingă capacitatea politică și capacitatea civilă, iar aceasta din urmă este la rândul ei susceptibilă de gradare”.⁸⁶ Cum existența personalității juridice presupune

⁸² *Ibidem*, nr. 175 și urm.

⁸³ J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., nr. 175, 176.

⁸⁴ H.J., L. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., t. I, vol. 2, 7^e éd., 1986, nr. 439.

⁸⁵ G. Wicker, op. cit., nr. 175.

⁸⁶ *Ibidem*, nr. 176. În același sens este citat G. Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Coll. Domat, Montchrétien, 6^e éd., 1993, nr. 476, 477.

o „capacitate minimală”, ea este „compatibilă cu o incapacitate restrânsă”.⁸⁷

Sunt adevăruri axiomatiche, lesne de transcris și în dreptul nostru, prin referire, bunăoară, doar la îngrădirile legale, ca măsuri de protecție sau de ocrotire a persoanei: art. 806-807 C. civ., art. 809, art. 810 C. civ., art. 1307 alin. (1) C. civ., art. 1308 C. civ., art. 128 C. fam., art. 133 alin. (3) C. fam. etc.

În toate aceste ipoteze sau altele similare nu poate fi vorba de «ficțiuni juridice». Dar aceeași este situația și cât privește copilul conceput?

Dacă pornim de la ideea că dreptul subiectiv semnifică o „putere de voință”, că „voința” constituie condiția necesară pentru dobândirea calității de subiect de drept, atunci, inevitabil, când personalitatea juridică este atribuită unei persoane lipsite de voință, conceptul de ficțiune juridică trebuie înlăturat, fiind imposibil de admis ca, chiar prin voința legiuitorului, să se confere existență la ceea ce în mod categoric nu există.

Deși, potrivit art. 7 alin. (1) din Decretul nr. 31/1954, capacitatea de folosință „începe de la nașterea persoanei”, totuși, în cuprinsul aceluiași articol, la alin. (3), se precizează că „drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune”, dacă el se naște viu. Ni se pare evident faptul că recunoașterea drepturilor nu este asociată existenței unei persoane fizice înzestrată cu «voință», ci pur și simplu existenței unei ființe umane. Iar aceasta există din momentul fecundației, «clipa» care hotărăște destinul genetic al unei noi vieți.

Astfel cum se poate reține din cuprinsul art. 7 al Decretului nr. 31/1954, recunoașterea personalității juridice în favoarea aceleia care a fost conceput este «condiționată»; copilului îi sunt recunoscute drepturile încă de la concepțiune „dacă el se naște viu”. Așadar, „pe când capacitatea de folosință anticipată este condiționată, cea dobândită potrivit regulii – de la naștere – este pură și

⁸⁷ G. Marty, P. Raynaud, *Traité de droit civil. Les personnes*, 3^e éd., Sirey, 1976, nr. 503.

simplă, neafectată de modalitatea condiției”.⁸⁸ În opinia unora, am fi în prezența unei condiții suspensive; în opinia altora, condiția ar fi rezolutorie.⁸⁹ În orice caz, din cuprinsul reglementărilor în materie rezultă că, atunci când copilul nu se naște viu, se prezumă irefragabil că el nu a existat niciodată.

Dar ideea însăși de capacitate de folosință condiționată, respectiv de subiect de drept condiționat a fost contestată, fie pentru că un copil ce urmează să se nască nu are un patrimoniu – decât dacă denaturăm complet teoria patrimoniului – sau, cel mult, are un patrimoniu condiționat, alcătuit fiind numai din activ, așa încât el nu poate avea personalitate juridică, fie pentru că el nu are capacitate de folosință.⁹⁰

Reglementarea de la care am pornit contrazice însă aceste supozitii: copilul conceput are un patrimoniu, alcătuit din „drepturi” și – adăugăm noi – din obligațiile cosubstanțiale drepturilor⁹¹, dar sub beneficiu de inventar, și el are capacitate de folosință.

Dacă, totuși, ideea de personalitate juridică sub condiție trebuie respinsă, aceasta n-ar putea fi consecința celor două variante de motive, în egală măsură contrazise prin chiar reglementările cuprinse la art. 7 din Decretul nr. 31/1954, ci pentru că acela care a fost conceput trebuie considerat ca fiind o «persoană juridică actuală». O persoană există sau nu există, iar dacă a existat – încă de la momentul concepțiunii – nu se poate admite ideea inexistenței retroactive. Ceea ce însă se află sub condiție sunt „drepturile” celui conceput, nu personalitatea lui juridică, pe care a dobândit-o,

⁸⁸ Gh. Beleiu, op. cit., p. 282.

⁸⁹ În acest sens, în doctrina noastră, a se vedea: Gh. Beleiu, op. cit., p. 282; E. Poenaru, op. cit., p. 303.

⁹⁰ Pentru repere bibliografice, a se vedea G. Wicker, op. cit., nr. 179.

⁹¹ Este falsă ideea că, în cazul unui astfel de copil, patrimoniul său nu poate avea decât o componentă «activă». Suficient să spunem că chiar pentru menținerea drepturilor ce-i sunt recunoscute pot fi necesare unele cheltuieli. De asemenea, în cazul unei succesiuni sau al unei liberalități în favoarea copilului conceput, dacă el se naște viu, va dobândi bunurile împreună cu sarcinile corespunzătoare. Tot ceea ce mai trebuie adăugat este că și pasivul se află sub condiție.

legal, încă de la concepțiune. „Este afectat de modalități acel drept subiectiv civil a cărui existență ori exercitare depinde de o împrejurare viitoare, certă ori incertă. Cum modalitățile actului juridic civil sunt termenul, condiția și sarcina, înseamnă că este afectat de modalitate acel drept subiectiv care este însoțit de o împrejurare viitoare care se subsumează acestor modalități”.⁹² Drepturile copilului conceput există deci de la momentul concepțiunii sale, dar efectele ce derivă din aceste drepturi nu se realizează decât sub condiție suspensivă; evenimente conditione, dacă nu se împlinește condiția suspensivă, această împrejurare atrage caducitatea drepturilor afectate de condiție, nu însă stingerea retroactivă a efectelor lor juridice. Articolul 808 C. civ. ni se pare lămuritor și explicit în acest sens: „Este capabil de a primi prin donațiune între vii oricine este conceput la epoca morții testatorului”. Mai explicită însă și desăvârșit lămuritoare ni se pare regula de principiu: „Drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu” – art. 7 alin. (2) din Decretul nr. 31/1954.

Așadar, drepturile – și obligațiilor corespunzătoare acestora – se află sub condiție, nu personalitatea juridică, nici capacitatea de folosință.

În aceste condiții, personalitatea juridică a copilului conceput nu este o ficțiune juridică; el este o persoană juridică

⁹² Gh. Beleiu, op. cit., p. 87. În același sens: G. Boroi, op. cit., p. 59, 60; E. Poenaru, op. cit., p. 47; O. Ungureanu, op. cit., p. 68. Ceea ce o parte a literaturii juridice desemnează cu sintagmele «drept eventual» ori «drept viitor» reprezintă – spunea eminentul și regretatul civilist Gheorghe Beleiu – nu drepturi subiective civile, concrete, ci simple elemente ale capacității de folosință, adică aptitudine, abstractă, de a deveni titular al unui drept subiectiv civil veritabil (*ibidem*). Cât privește conotația «drepturilor eventuale» și a «drepturilor viitoare», a se vedea: G. Marty, P. Raynaud, op. cit., t. I p. 277; A. Weill, F. Terré, op. cit., p. 347, 348; E. Roman, Conținutul raportului juridic, op. cit., în „Tratat de drept civil”, vol. I, Partea generală, București, 1967, p. 204; P.M. Cosmovici, Drept civil. Introducere în dreptul civil, Ed. ALL, București, 1994, p. 75.

actuală, titulară de drepturi și, limitat, de obligații corespunzătoare acestora.⁹³

65. Patrimoniul și personalitatea juridică. Conceptul de «patrimoniul»⁹⁴ apare ca un corolar al celui de personalitate juridică.

În doctrina clasică, relația dintre persoană și patrimoniu era considerată univocă: de la persoană la patrimoniu. Rezulta că, întrucât existența persoanei determină existența patrimoniului, nu există patrimoniu fără persoană juridică – și fizică – și că patrimoniul nu poate «supraviețui» titularului. Teoria personalistă sau a patrimoniului – persoană, sistematizată îndeosebi de Aubry și Rau⁹⁵, cum sugerează prin chiar denumirea ei, implică câteva determinante: numai persoana poate avea un patrimoniu; patrimoniul este inalienabil; persoana poate avea un singur patrimoniu, care este unitar și indivizibil; patrimoniul reprezintă un „tot juridic” prin voința arbitrară a unei „singure și aceleiași voințe”, voința fiind atributul esențial și inseparabil de persoana titular al patrimoniului. Din perspectiva acestei doctrine, acum abandonată, terenul ficțiunilor juridice este deosebit de fertil. De exemplu, instituția juridică a beneficiului de inventar, prin care se păstrează autonomia masei successorale după decesul titularului, nu poate fi concepută decât ca fiind expresia unei ficțiuni juridice.

⁹³ G. Wicker, op. cit., nr. 182, 183. În sensul că ar fi o ficțiune juridică, a se vedea, bunăoară L. Lecocq, De la fiction comme procédé juridique, Rousseau, 1914, p. 85 și urm., *apud* G. Wicker, op. cit., nr. 182.

⁹⁴ Etimologic, termenul «patrimoniu» ar semnifica, în sens larg, ceea ce se află sub autoritatea cuiva (*autoritas*, ca derivat de la verbul *augere*, adică urmând sensul original, ceea ce dă viață și conferă unitate unor lucruri determinate). În dreptul comun, patrimoniul este considerat un ansamblu de bunuri „exterioare”, de lucruri animate sau inanimate, mobiliare sau imobiliare, corporale sau incorporeale, care aparțin unei persoane fizice sau morale. Expresia „bunuri patrimoniale” atrage astfel expresia antonimică „bunuri extrapatrimoniale”, atașate dimensiunii fizice a persoanei (A. Sériaux, Patrimoine, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VIII, nr. 2).

⁹⁵ C. Aubry, C. Rau, Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae, 7^e éd. par P. Eismein et A. Ponsard, t. IX, parag. nr. 573 și urm.

Critica acestei teorii a fost susținută și substanțială.

Din considerente practice, pentru a veni în întâmpinarea imperativelor reale, s-a recurs, mai întâi, la o altă ficțiune, considerându-se că, „întrucât patrimoniul nu poate fi divizat, se vor crea atâtea persoane câte mase de bunuri distincte se dorește a se vedea. Aceste persoane nu se vor naște și nu vor trăi decât în scopul de a susține un patrimoniu”.⁹⁶ A fost desigur o fisură la fundamentul principiului unității și indivizibilității patrimoniului.

Dar, pentru ceea ce ne interesează în context, o altă insuficiență a teoriei personaliste nu poate fi ignorată. Întrucât această teorie face din «voință» «liantul» între patrimoniu și persoana-titular al acestuia, înseamnă că incapabilul nu poate avea un patrimoniu sau că patrimoniul are ca titular pe reprezentantul incapabilului. Sau invers, patrimoniul aparține incapabilului, dar numai sub semnul unei ficțiuni juridice.

Teoria patrimoniului-scop sau de afectare⁹⁷, elaborată în doctrina germană, separă dintr-un început noțiunea de «persoană» sau de «personalitate juridică» de noțiunea de «patrimoniu» – ca universalitate de drepturi și de obligații afectate «interesului juridic» al persoanei. Așa fiind, una și aceeași persoană poate avea mai multe patrimonii. Este o formă de exprimare a concepției obiective asupra patrimoniului, derivată din teoria patrimoniilor fără subiect, legată la rândul-i de teoria drepturilor fără subiect. Afectarea comună a elementelor unui scop specific determină,

⁹⁶ H.L.J. Mazeaud, op. cit., t. I, p. 318.

⁹⁷ Cu privire la această teorie, a se vedea îndeosebi: S. Guinchard, L'affectation des biens en droit privé français, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, *passim*; J.-L. Aubert, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, A. Colin, 6^e éd., nr. 207; F. Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 2^e éd., nr. 337; J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, Traité de droit civil. Introduction générale, 4^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, nr. 211 și urm. Interesant de remarcat că jurisprudența franceză a definit, bunăoară, fundația ca fiind o „afectare a unei mase de bunuri unui scop determinat – Cass. civ. 1^{re}, decizia din 15 februarie 1983. Într-un sens foarte apropiat, art. 18 din Legea nr. 87-571 din 23 iulie 1987.

în sensul acestei teorii, existența patrimoniului. Schema este simplă și pragmatică: în cadrul patrimoniului general al persoanei pot exista multiple universalități de drept, diferențiate între ele prin afectarea lor și formând, astfel, patrimonii specializate. Așa devine posibilă bunăoară participarea cu acțiuni sau părți sociale la mai multe societăți comerciale și limitarea răspunderii pentru datoriile fiecărei societăți la capitalul afectat activității acesteia.

În pofida supleței și a utilității practice, teoria în discuție își are totuși insuficiențele și incoerențele ei. Un exemplu: admisibilitatea unor patrimonii specializate «ar putea avea» ca și consecință afectarea unor fracțiuni din bunuri în scopul garantării creanțelor anumitor creditori, în detrimentul altora și, pe cale de consecință, restrângerea gajului general.⁹⁸ Pe lângă faptul că, într-o asemenea situație, pentru ca afectarea să fie opozabilă celorlalți creditori, ea trebuie făcută cu îndeplinirea formelor de publicitate prevăzute de lege, atunci când a fost realizată în fraudă creditorilor, ei o pot contesta pe calea acțiunii pauliene. Apoi, realizarea fracționării patrimoniului, pe calea afectării unor părți din acesta, determină în același timp și o fracționare a capacității de exercițiu a persoanei. Altfel zis și poate mai concret, afectarea, subordonată unui scop corespunzător exercitării unei activități determinate, limitează autonomia acțiunii persoanei nu numai în legătură cu bunurile

⁹⁸ Spunem că «ar putea avea» asemenea consecințe, întrucât: nu, pur și simplu, orice afectare sau «gaj afectat» implică esențialmente și inevitabil un drept de preferință în raport cu alți creditori; există uneori garanție chiar în lipsa unei veritabile afectări, precum în cazul separării de patrimonii, dacă moștenirea a fost acceptată sub beneficiu de inventar și dacă creditorii moștenitori și legatarii cu titlu particular vor să-și constituie un privilegiu special asupra imobilelor succesiunii; afectarea poate fi doar o simplă modalitate a dreptului de creanță, prin tehnica afectării debitorul voind să limiteze dreptul de urmărire al anumitor creditori, fără ca astfel să-și fi propus constituirea unei garanții reale. Pe larg, a se vedea: J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghetsin, Droit des sûretés réelles*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, nr. 95 și urm.

afectate, dar și cât privește toate celelalte bunuri care fac parte din patrimoniul ei.

Idea că patrimoniul de afectare constituie suportul unei noi persoane juridice a permis încercarea unei combinări între cele două teorii, respectiv a teoriei personaliste și a teoriei afectării. Dacă persoana constituie fundamentul unității patrimoniului, universalitate de drept, afectarea permite divizibilitatea patrimoniului general al persoanei, recunoscându-se autonomia unuia sau a mai multor patrimonii specializate. Cum s-a spus, teoria subiectivă valorizează „persoana și durata”, în timp ce teoria obiectivă exaltă „substanța și momentul”; ambele „sesizează un aspect al realității, fără să-l cuprindă în întregime”.⁹⁹ Necesitatea unei combinări pare deci justificată, rezultând astfel că¹⁰⁰: A) Patrimoniul este un *ansamblu* sau o „universalitate de drept”¹⁰¹, întregul său activ aflându-se „îndatorat” în raport cu pasivul. „Detaliile aritmetice nu interesează”.¹⁰² Este ceea ce rezultă și din prevederile art. 1718 C. civ., potrivit cărora „oricine este obligat personal este ținut de a îndeplini îndatoririle sale cu toate bunurile sale, mobile și imobile, prezente și viitoare”; B) *Patrimoniul este legat de persoană*, caracteristică din care derivă următoarele consecințe: a) *Orice persoană*

⁹⁹ P. Catala, *Les transformations du patrimoine dans le droit civil moderne*, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 1966, nr. 185.

¹⁰⁰ A se vedea, de asemenea Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens. La publicité foncière*, 5^e éd., par Ph. Malaurie, Éditions Cujas, 2002, nr. 10 și urm.

¹⁰¹ Această sintagmă trebuie preferată față de aceea de «universalitate de fapt», constituită ca atare prin voința proprietarului și care, spre deosebire de «patrimoniu», nu cuprinde creanțele și datoriile care, în afara unei dispoziții legale sau convenționale, nu sunt transmise cesionarului sau creditorului asigurat prin universalitate (precum în cazul fondului de comerț sau al unui portofoliu de valori mobiliare). În ipoteza unei universalități de drept, există o coeziune între elementele acesteia, activul „răspunzând” de pasiv; grație subrogației reale – pe care Aubry și Rau o considerau de asemenea o ficțiune –, gajul general al creditorilor chirografi e corespunzător variațiilor intervenite în patrimoniu.

¹⁰² A. Sériaux, op. cit., nr. 4.

are un patrimoniu, chiar și aceea care nu are nici un bun sau are mai multe datorii decât bunuri¹⁰³, inclusiv copilul conceput. Patrimoniul este un cadru care poate fi vid; el nu este decât aptitudinea de a fi subiect de drept; b) În principiu, *orice persoană nu are decât un patrimoniu*, care este *incesibil* între vii, dar *transmisibil* pentru cauză de moarte. Patrimoniul este *indivizibil*, ca și persoana însăși, așa încât succesiunea nu se fragmentează și toate bunurile corespund deopotrivă tuturor datoriilor. Totuși, în raport cu imperativele practice, indivizibilitatea patrimoniului comportă și excepții, precum în materie succesorală – beneficiul de inventar¹⁰⁴ și separația de patrimonii – ori precum, impropriu denumită, în cazul «societății unipersonale» cu răspundere limitată sau în cazul comunității matrimoniale, reglementată de art. 30-31 C. fam.¹⁰⁵; c) Orice patrimoniu *aparține unei persoane juridice*, fizice sau colective, existența unui patrimoniu neputând fi concepută fără un titular. Dar afectarea unei părți din patrimoniu, prin lege sau prin voința titularului, este nu numai posibilă, ci, uneori, și necesară. *Persoana fizică* rămâne aceeași, însă prin afectațiune se creează o *persoană juridică* nouă; d) Patrimoniul poate «*supraviețui*» titularului său. Ideea poate fi însă reținută numai dacă personalitatea juridică a titularului patrimoniului nu este indisolubil legată de

¹⁰³ Cum s-a spus cândva, „patrimoniul proletarului” constă, în ultimă analiză, dintr-o „creanță contra societății”, forța de muncă fiind ambivalentă, personală și patrimonială, „un fel de bun” (de altminteri, patrimoniul este un ansamblu de bunuri „prezente” și „viitoare” – *ibidem*).

¹⁰⁴ Ideea unicității patrimoniului a fost de altfel contrazisă încă de la adoptarea Codului civil francez, din 1804, care a consacrat instituția «beneficiului de inventar». S-a admis astfel o dualitate perfectă de patrimonii, având același titular, moștenitorul beneficiar, iar apoi, prin separația de patrimonii, la inițiativa creditorilor unei succesiuni, s-a admis un „dualism imperfect” sau un „dualism latent” (A. Sériaux, op. cit., nr. 6.) Ideea «mitică» conform căreia o persoană nu are decât un patrimoniu s-a spulberat definitiv prin crearea societăților unipersonale cu răspundere limitată.

¹⁰⁵ Pe larg, a se vedea E. Florian, Dreptul familiei, Ed. „Limes”, Cluj-Napoca, 2003, p. 84 și urm.

«viața» acestuia. Dar altfel ar fi greu, dacă nu chiar imposibil de explicat urmările ce decurg din acceptarea beneficiară a succesiunii: dreptul de gaj general al creditorilor defunctului continuă să se exercite numai asupra patrimoniului succesoral, iar cel al creditorilor moștenitorului numai asupra patrimoniului său personal; raporturile juridice existente înainte de deces, între *de cuius* și moștenitor, subzistă¹⁰⁶, iar excepțiile opozabile succesiunii nu pot fi opuse moștenitorului care acționează în nume personal¹⁰⁷; dacă moștenitorul beneficiar devine administratorul sau lichidatorul patrimoniului succesoral, el va răspunde asemănător unui mandatar sau depozitar gratuit etc.

Din perspectivele abordate și pentru considerentele înfățișate, în concluzie, subscriem ideii că regula *infans conceptus* nu constituie o ficțiune juridică. Mai exact, o tradițională *fictionis iuris* a fost transformată în regulă de drept.

66. Persoana juridică sau morală – conotație. Sediul comun al reglementării persoanei juridice sau «morale» – termen mai puțin întrebunțat, dar mai sugestiv pentru delimitare de personalitatea juridică a persoanei fizice – îl constituie încă dispozițiile cuprinse de art. 25 și urm. din Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice.¹⁰⁸ Este o reglementare care, în pofida vocației confirmate de a evada din carapacea epocii în care a fost creată, a rămas totuși marcată de spiritul etatist al acelor vremuri. Bunăoară, potrivit art. 28 alin. (1) lit. c) din decret,

¹⁰⁶ Așa fiind, datoriile sau creanțele moștenitorului nu se sting prin confuziune; nici drepturile reale pe care moștenitorul le are asupra unui bun din moștenire ori pe care *de cuius* le avea asupra unui bun din patrimoniul moștenitorului. A se vedea Fr. Deak, Tratat de drept succesoral, cit. *supra*, nr. 285.1.

¹⁰⁷ De exemplu, dacă revendică un bun al său vândut fără drept de *de cuius*, terțul cumpărător nu-i va putea opune excepția de garanție sau terțul acționat pentru achitarea datoriei pe care o are față de moștenitorul beneficiar nu va putea opune în compensație o creanță pe care o are față de moștenire (*ibidem*).

¹⁰⁸ „Buletinul Oficial”, nr. 8 din 30 ianuarie 1954.

persoana juridică poate luat ființă și prin „actul de înființare al celor care o constituie”, dar numai cu „prealabilă autorizare a organului puterii sau administrației de stat”, competent a aprecia „oportunitatea înființării ei” [s.n.].

Nici acest act normativ, nici alte acte normative apărute ulterior, nu ne oferă o definiție a persoanei juridice – *omnino definitio periculosa est*.¹⁰⁹

Doctrina, firește, și-a asumat obligația de a oferi ea însăși o posibilă definiție: „subiectul colectiv de drept, adică un colectiv de oameni care, întrunind condițiile cerute de lege, este titular de drepturi subiective și obligații civile”;¹¹⁰ „entitatea (ansamblul de elemente umane și materiale) care, îndeplinind condițiile prevăzute de lege, este titulară de drepturi și obligații”;¹¹¹ un „subiect colectiv de drepturi și obligații”, care „trebuie să întrunească condițiile cerute de lege” și să „urmărească realizarea unui scop în acord cu interesele obștești”¹¹² etc.

Mai interesantă însă, în contextul acestui demers, ni se pare o definiție din doctrina franceză și, îndeosebi, sinonimiile evocate: „grup dotat, în anumite condiții, cu o personalitate juridică mai mult sau mai puțin completă; subiect de drept *fictiv*, care, având aptitudinea comună de a fi subiect de drepturi și de obligații, este supus unui regim variabil”¹¹³. Autorul face trimitere la „ficțiune”, „definită” ca „minciună a legii”, ca „artificiu de tehnică juridică, constând în a presupune un fapt sau o situație diferită de realitate în scopul producerii unui efect de drept”.¹¹⁴ În subtext, concluzia nu poate fi decât una: persoana juridică este o *ficțiune juridică*.

¹⁰⁹ Nici reglementările configurate în proiectul Codului civil, art. 144 și urm., nu oferă o definiție a persoanei juridice. Și bine fac. Definițiile oferite de adunarea legiuitoare ne-ar crea, poate, o stare de confort – sau de lene intelectuală? –, dar, cu siguranță, ne-ar și asfixia sub cupola unui «imperialism juridic».

¹¹⁰ Gh. Beleiu, op. cit., p. 377.

¹¹¹ G. Boroi, op. cit., p. 107.

¹¹² E. Poenaru, op. cit., p. 378, 379.

¹¹³ G. Cornu, Vocabulaire juridique, cit. *supra*, p. 596.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 355.

Din cuprinsul actualelor reglementări, în special ale art. 26 lit. e) din Decretul nr. 31/1954, rezultă a fi elemente constitutive ale persoanei juridice: *o organizare de sine stătătoare; un patrimoniu propriu; existența unui anume scop*, în acord cu interesul obștesc. Acestea sunt elementele pe care, inevitabil, le-a reținut și doctrina, caracterizându-le apoi prin determinările care urmează: ele sunt *legale*, în sensul că sunt instituite prin lege „și numai un act normativ poate institui sau poate circumstanța un asemenea element constitutiv”; ele sunt *generale*, adică sunt aplicabile tuturor categoriilor de persoane juridice; ele sunt *cumulative*, „deci entitatea trebuie să întrunească toate cele trei elemente pentru existența calității de persoană juridică, lipsa oricăruia dintre acestea având drept consecință inexistența personalității juridice”; ele sunt *exclusive*, „adică cele trei elemente menționate sunt nu numai necesare, ci și suficiente pentru ca entitatea să dobândească, în condițiile prevăzute de lege, personalitate juridică”.¹¹⁵

Probleme însă inedite și abateri substanțiale de la unele dintre elementele considerate ca fiind caracterizante pentru persoana juridică provoacă unele forme mai puțin analizate, sub aspectele aici discutate, precum comunitatea de bunuri a soților sau proprietatea în devălmășie, legală – aceea a soților – ori convențională, grupurile de societăți, indiviziunea sau diversele patrimonii de afecțiune, constituite prin lege ca «fonduri». Asemenea forme pot fi integrate unei eventuale teorii generale a persoanei juridice?

În prezența unei spectaculoase proliferări a persoanelor juridice și a unor forme inedite ori extrem de specifice de înfățișare a lor, cel puțin două întrebări, deocamdată retorice, ni se par justificate: toate persoanele juridice pot fi subsumate unei noțiuni juridice unice?; nu cumva formele specifice de existență a unor persoane juridice precumpănesc în raport cu prototipul legal al acestora?

Să luăm în considerare un prim exemplu: comunitatea matrimonială.¹¹⁶

¹¹⁵ G. Boroi, op. cit., p. 111.

¹¹⁶ Asupra semnificațiilor acestei sintagme, a se vedea P. Vasilescu, Regimuri matrimoniale. Parte generală, Ed. „Rosetti”, București, 2003, p. 16 și urm.

Cu privire la natura juridică a comunității matrimoniale s-au formulat sau cristalizat câteva opinii, unele revoluate, altele majoritar ori minoritar împărțite.

Într-o opinie, susținută de Dumoulin, opinie demult abandonată, nu legea constituie sursa regimului matrimonial, ci convenția tacită a viitorilor soți¹¹⁷, așa încât regimul legal nu era decât un efect al voinței viitorilor soți, prin normale legale prevăzându-se, anticipat, „stipulații” pe care viitorii soți și le apropie tacit căsătorindu-se.¹¹⁸ Dar, cum pe bună dreptate s-a spus, este greu de înțeles ca, în condițiile încheierii unei căsătorii fără contract, să se presupună totuși existența unui contract cât privește regimul matrimonial¹¹⁹. Este enigmatică sau consternantă existența unei convenții tacite cu privire la bunuri înainte de a se fi săvârșit actul căsătoriei.

Într-o altă opinie, larg acreditată și în doctrina noastră, am fi în prezența unei „proprietăți comune în devălmășie”. Cum însă patrimoniul oricărei persoane cuprinde o universalitate de drepturi și obligații cu valoare economică și cum comunitatea matrimonială de bunuri este o parte distinctă din patrimoniul soților, înseamnă că obiectul ei îl constituie o totalitate de drepturi patrimoniale, reale și de creanță, precum și de obligații aferente comunității, care aparțin soților, în stare de devălmășie. De aceea – s-a spus în doctrină –, în realitate, denumirii de „proprietate comună în devălmășie” i se atribuie un înțeles mult mai larg decât cel strict juridic, de evocare a dreptului de proprietate, adică înțelesul de „indiviziune *sui*

¹¹⁷ Relațiile patrimoniale ale căsătoriei urmau regimul actelor juridice, adică principiul autonomiei de voință, exprimată expres sau tacit. Intenția tacită putea fi dedusă din diferitele împrejurări ale căsătoriei (*D. Alexandresco*, Explicațiunea dreptului civil român, cit. *supra*, t. VII, partea I, 1916, p. 52). În dreptul internațional privat, în lipsă de convenție expresă sau tacită, se indica drept soluție legea națională a bărbatului (*ibidem*).

¹¹⁸ Jurisprudența a consacrat acest sistem în materia conflictelor de legi în spațiu.

¹¹⁹ A. Colomer, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, Litec, Paris, 1998, nr. 4; *Idem*, *Régimes matrimoniaux*, în „*Répertoire de droit civil*”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. IX, îndeosebi nr. 16.

generis, care, asemenea indiviziunii de drept comun, poate cuprinde atât drepturi, cât și obligații”¹²⁰.

Caracterizând comunitatea matrimonială a soților drept o proprietate comună în devălmășie – preciza distinsul nostru civilist – „noi nu folosim această denumire într-un înțeles strict juridic, ca un fel de a fi a dreptului de proprietate, ci mai degrabă într-un sens derivat și extensiv, oarecum figurativ, pentru a desemna nu o modalitate a dreptului de proprietate, ci o indiviziune *sui generis*, care, asemenea indiviziunii de drept comun, poate cuprinde atât drepturi, cât și obligații, dar care, spre deosebire de aceasta din urmă, nu comportă cote-părți. O indiviziune de un tip nou, fără cote-părți, organică și organizată (...) asemănătoare, dar nu identică, cu gospodăria personală, de țărani colectivști”¹²¹. Ideea de ficțiune juridică ni se pare a fi, aici, implicit mărturisită.

Este ceea ce pledează – s-a concluzionat de către un alt autor – „pentru căutarea unei denumiri care să evoce pe deplin calificarea juridică a comunității matrimoniale de bunuri; o asemenea denumire convențională, de evocare a universalității de bunuri a soților, ar putea fi și aceea de *comunitate patrimonială în devălmășie*”¹²².

Între alte răspunsuri care – cum spunea M. Eliescu – au solicitat mintea a fost și acela că soții ar alcătui, în privința bunurilor, o *societate*, o *societate de persoane*.¹²³ Elementele definitorii ale acestei „veritabile societăți civile” ar fi: punerea în comun a aporiturilor constituind masa comună, căci comunitatea presupune un grup de interese, ale soțului și soției, asociați în vederea unei vieți

¹²⁰ M. Eliescu, Efectele căsătoriei cu privire la raporturile patrimoniale dintre soți, în vol. „Căsătoria în dreptul R.P.R.”, Ed. Academiei, București, 1964, p. 230.

¹²¹ Am reluat pe larg considerațiile reputatului nostru doctrinar pentru că, pe lângă folosul unor subtile și necesare nuanțări, ele ne sugerează spiritul «colectivist» al vremii, prin care se caracterizează și reglementarea actuală a comunității matrimoniale.

¹²² I. Albu, Căsătoria în dreptul român, Ed. „Dacia”, Cluj-Napoca, 1988, p. 120.

¹²³ J. Carbonnier, Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, thèse, Bordeaux, 1932.

comune și întreținerea și educarea copiilor; urmărirea de beneficii, întrucât patrimoniul comun trebuie partajat la disoluția căsătoriei, între foștii soți și moștenitorii lor. Analogia cu societatea de persoane este neîndoiebnică. Totuși, ideea a fost larg și substanțial criticată.¹²⁴ Într-adevăr: într-o societate, în principiu, asociații stabilesc modul ei de gestiune; soțul care, în limitele și în condițiile legii, gestionează bunurile comune nu este un simplu administrator, ci este el însuși proprietar; în principiu, într-o largă măsură, dacă nu a depășit ori deformat mandatul prezumat, el nu răspunde pentru modul cum a gestionat bunurile comune; în cadrul comunității lipsește *affectio societatis*. Să mai adăugăm ceea ce în doctrina noastră s-a formulat ca observații¹²⁵: raporturile patrimoniale ale soților privitoare la bunurile lor comune se stabilesc ca un accesoriu necesar al raporturilor lor personale nepatrimoniale; asociații au fiecare părți sociale prestabilite, determinate de întinderea aporiturilor, pe când soții nu au un drept actual și născut, până la împărțirea bunurilor comune, la o cotă-parte ideală din acestea; raporturile patrimoniale dintre soți nu au niciodată un scop lucrativ, nu urmăresc realizarea și împărțirea unui câștig; comunitatea nu poate lua sfârșit în cazurile prevăzute de art. 1523 C. civ. și îndeosebi prin voința unilaterală a oricăruia dintre asociați; pe când asociații pot stipula, în condițiile art. 1526 C. civ., că societatea va continua cu moștenitorii asociatului, o asemenea convenție nu s-ar putea încheia în privința raporturilor patrimoniale între soți; pe când asociații pot stabili durata și conținutul «raporturilor tovarășești», durata și conținutul raporturilor patrimoniale între soți sunt statornicite de lege.

Dar este sau poate fi considerată comunitatea matrimonială o persoană juridică?¹²⁶ Răspunzându-se afirmativ, în esență s-au

¹²⁴ Pentru repere doctrinare, a se vedea E.K., *Communauté*, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. III, nr. 46.

¹²⁵ M. Eliescu, op. cit., p. 227, 228.

¹²⁶ Pentru un răspuns afirmativ, a se vedea: G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, Thémis, 6^e éd., 1992, p. 300-303, 409-410, 596; J. Carbonnier, *La communauté entre époux est-elle une personne morale?*

arătat următoarele: pentru aplicarea regimului de comunitate trebuie disociate trei mase de bunuri – bunurile proprii ale soțului, bunurile proprii ale soției și bunurile comune – corespunzătoare celor trei subiecte – cel de-al treilea fiind persoana juridică –, astfel explicându-se existența unor drepturi și datorii ale comunității, distincte de drepturile și datoriile fiecărui soț, sau creditori ai comunității și creditori personali (art. 31-34 C. fam., în legislația noastră, putând fi invocate în sprijinul acestei prime constatări); efectul declarativ al partajului nu urcă decât până la ziua disoluției comunității, întrucât, pe parcursul ei, nu a existat o indiviziune, ci o proprietate unitară având ca titular comunitatea.

Obiecțiunile la această ipoteză¹²⁷, inclusiv în doctrina noastră¹²⁸, au fost precise, substanțiale și persuasive: a) Personalitatea juridică presupune un interes colectiv, distinct de cel al fiecăruia dintre cei care o alcătuiesc; or, comunitatea matrimonială nu exprimă alte interese decât cele ale soților, în cadrul căsătoriei. Altfel zis, introducerea noțiunii de personalitate morală ar fi un „germene de disociere” în coeziunea familială. Ne putem însă întreba dacă scopul căsătoriei – sprijinul mutual material între soți, asigurarea succesiunii generațiilor, creșterea și educarea copiilor –, scop «propriu» căsătoriei, nu constituie suportul unui interes comun, propriu comunității matrimoniale. Apoi, prin comparație, situația unei societăți comerciale unipersonale – persoană juridică – pune grav sub semnul întrebării ideea de interes colectiv, distinct. În fine, ne-am putea de asemenea întreba dacă indiviziunea – chiar *sui generis* – cum îndeobște este considerată comunitatea matrimonială, mai ales în condițiile gestionării comunității prin prezumția legală de mandat, nu poate fi ea însăși un „germene de disociere” în coeziunea familială. Intercalarea între soți a unei persoane

în „Travaux de l'Association H. Capitant, vol. VIII, 1953, p. 280 și urm.; G. Wicker, op. cit., nr. 226, împreună cu reperele bibliografice de sub nota nr. 89. Pentru observații critice, a se vedea autorii și lucrările la care face trimitere E.K., op. cit., nr. 51.

¹²⁷ E.K., op. cit., nr. 52 și urm.

¹²⁸ M. Eliescu, op. cit., p. 228, 229.

juridice, departe de a fi un factor de disociere, este, dimpotrivă, un factor – organizat legal – de asociere; b) S-a spus, de asemenea, că nici o datorie nu este „exclusiv” comună. În acest sens s-ar putea de altfel invoca prevederile art. 34 C. fam., potrivit cărora creditorii comuni vor putea urmări și bunurile proprii ale soților, însă numai după urmărirea bunurilor comune. Dar acest mod specific de urmărire graduală și în subsidiar a bunurilor credem că prin nimic nu justifică confuziunea datoriilor comune și datoriilor proprii fiecărui soț, căci, astfel, însăși comunitatea matrimonială n-ar mai avea sens sau, bizar, ar avea sens numai în privința activului patrimonial. De altfel, dacă obligația soților nu este solidară sau indivizibilă, creditorul comun trebuie să-și dividă urmărirea, fiecare dintre soți fiind ținut la jumătate din valoarea creanței rămasă neacoperită, întrucât datoriile comune ale soților sunt totuși considerate conjuncte, divizibile deci de plin drept, pe baza art. 1060 C. civ.¹²⁹ Oricum, în context, nu trebuie ignorate nici prevederile art. 33 C. fam., potrivit cărora bunurile comune nu pot fi urmărite de creditorii personali ai unuia dintre soți, decât după împărțirea bunurilor la cererea creditorului personal și în măsura necesară; c) S-a considerat, de asemenea – dar, bineînțeles, prin referire la „dreptul socialist” și la „socialism” – că masele de bunuri afectate unui scop nu pot constitui subiecte de drepturi și de obligații, raporturile juridice legându-se numai între oameni. Istoricește, argumentul trebuie considerat ca revolut. Dar am spune că, iată, bunăoară, potrivit art. 19 din Legea nr. 215/2001 privind administrația publică locală, *unitățile administrativ-teritoriale* sunt persoane juridice, au patrimoniu propriu și capacitate juridică deplină; d) În fine, s-a mai spus că admiterea ideii cu privire la personalitatea juridică a comunității matrimoniale „nu ar fi în armonie cu textele”, deoarece art. 30 C. fam. vorbește de „bunurile comune ale soților”, ceea ce exclude orice posibilitate ca ele să poată fi proprietatea unei persoane juridice, căci, în acest caz, juridic, bunurile nu ar mai fi ale soților.¹³⁰ Argumentul este neîn-

¹²⁹ M. Eliescu, op. cit., nr. 120, p. 307.

¹³⁰ *Ibidem*, nr. 57, p. 229.

doielnic subtil, dar ne îngăduim să spunem că el rămâne totuși o simplă speculație intelectuală. Calificarea comunității matrimoniale ca persoană juridică nu poate semnifica, nici logic, nici juridic, depozitarea soților de bunurile care alcătuiesc comunitatea; ei sunt și rămân titularii patrimoniului persoanei juridice și exprimă voința acesteia cât privește gestionarea patrimoniului, potrivit regulilor specifice prevăzute de lege – îndeosebi potrivit principiului reprezentării mutuale – fiind, în același timp, în sens larg vorbind, administratori și proprietari.

Un alt argument însă, potrivit ideii de personalitate juridică a comunității, a fost dedus, în doctrina franceză, și postulat ca „decisiv”, prin invocarea art. 1832-2 din Codul civil¹³¹, în sensul căruia, atunci când unul dintre soți întrebuintează bunul comun pentru a face un aport la o societate ori pentru a dobândi părți sociale nonnegociabile, calitatea de asociat este recunoscută aceluia dintre soți care a făcut aportul sau a realizat dobândirea de părți sociale ori amândurora, când celălalt a notificat societății intenția sa de a fi „personal asociat”. Pe scurt, calitatea de asociat o dobândește fiecare dintre soți „personal”; or, dacă am fi în prezența unei persoane juridice, calitatea de asociat ar trebui recunoscută comunității matrimoniale.¹³² În cazul societăților anonime și al celor în comandită pe acțiuni, când aportul sau dobândirea de acțiuni se face de comun acord, din bunurile comune, soții singuri sau împreună cu alte persoane pot fi asociați în aceeași societate și participă împreună sau nu la gestiunea socială – art. 1832-1 din Codul civil francez.

La noi, în lipsa unor texte speciale, s-a opinat că, pe de o parte, nici chiar ambii soți nu pot participa la aceeași societate comercială, aducând bunurile comune ca aport la capitalul social, întrucât

¹³¹ În forma dobândită de acest articol în urma adoptării Legii nr. 85-596 din 10 iulie 1982. Textul se aplică în cazul societăților cu răspundere limitată și al celor de persoane, în nume colectiv sau în comandită simplă. A se vedea, de asemenea, Lamy sociétés commerciales, Lamy S.A., 1989, nr. 215, 216.

¹³² E.K., op. cit., nr. 57.

contribuția fiecărui asociat trebuie să fie pe deplin individualizată valoric, condiție pe care devălmășia patrimonială a uniunii conjugale nu o îndeplinește, iar pe de altă parte, pentru ca unul dintre soți să poată subscrie la capitalul social trebuie ca mai întâi soții să procedeze la împărțirea, în totalitate sau în parte, a comunității de bunuri.¹³³ Într-o altă opinie, unul dintre soți poate aduce ca aport în societate un bun comun, fără a avea nevoie de consimțământul celuilalt, dividendele primite din partea societății urmând să fie tot bunuri comune.¹³⁴

Indiferent de opinia la care ne-am atașa – dar, *de lege ferenda*, am prefera soluția din reglementarea franceză –, considerăm că nu dobândește calitatea de asociat însăși comunitatea matrimonială, ca «persoană juridică», nu pentru că n-ar putea fi considerată o asemenea persoană, ci din cel puțin următoarele trei motive: dacă numai o parte dintre bunurile ce alcătuiesc comunitatea ar fi constituită ca aport social, aceasta ar implica ideea dedublării personalității juridice, pentru ca un *alter ego* să devină asociat, iar comunitatea să rămână persoană juridică, idee inadmisibilă logic și juridic; dacă toate bunurile comune ar fi constituite ca aport, întrucât, în lipsa unei stipulații contrare, acestea ar deveni proprietatea societății, aceasta ar avea ca și consecință suprimarea comunității, ceea ce iarăși este inadmisibil; în fine, patrimoniul comunității cuprinde și datoriile comune ale soților, care, oricum, n-ar

¹³³ O. Căpățînă, Societățile comerciale, Ed. „Lumina”, București, 1991, p. 72, 73; *Idem*, Constituirea societăților comerciale cu personalitate juridică. Faza consensuală, în „Dreptul”, 1991, nr. 7-8, p. 40, 41. În același sens: I. Turcu, Teoria și practica dreptului comercial român, vol. I, Ed. „Lumina Lex”, București, 1998, p. 259, 260; *Idem*, Societățile comerciale în nume colectiv între tradiție și modernitate, în „Dreptul”, 1991, nr. 7-8, p. 63.

¹³⁴ St.D. Cărpenaru, Drept comercial român, ed. a III-a, Ed. ALL Beck, București, 2000, p. 169; I.P. Filipescu, Tratat de dreptul familiei, Ed. ALL, București, 1998, p. 185; Gh. Piperea, M. Tomescu, Dreptul societăților comerciale și regimul matrimonial actual, în „Revista de drept comercial”, 1999, nr. 10, p. 92-94; I. Mustăță, M.K. Guiu, Dacă bunurile comune ale soților pot constitui aport social, în „Dreptul”, 1992, nr. 8, p. 26-28.

putea fi transferate societății comerciale odată cu dobândirea calității de asociat de către însăși persoana juridică.

Problema de fond rămâne, în opinia noastră, numai una: în actuala legislație nu se recunoaște *in terminis* comunității matrimoniale calitatea de persoană juridică și nu există nici măcar o dispoziție potrivit căreia comunitatea funcționează ca asemenea persoană. Nu există însă o dispoziție de principiu nici cu privire la posibilitatea soților de a constitui ei înșiși o societate comercială cu personalitate juridică. Și totuși, întrucât Legea nr. 31/1990 nu cuprinde nici o interdicție referitoare la soți – în afara aceleia revăzute de art. 1307 C. civ. – s-a admis și se admite o asemenea posibilitate, cu condiția ca „regimul comunității de bunuri să nu fie afectat”.¹³⁵

În doctrina și, izolat, în jurisprudența franceză demersul pentru a «descifra» natura juridică a comunității matrimoniale a fost de asemenea sinuos. Inițial, în ambianța teoriei ficțiunii cu privire la persoana juridică, jurisprudența franceză a interpretat «tăcerea» legiuitorului ca refuz de a conferi comunității matrimoniale personalitate juridică. Ulterior, într-o altă ambianță, teza a fost reconsiderată, insistându-se asupra autonomiei patrimoniale a masei comune și asupra organizării gestionării acesteia după modelul societar.¹³⁶ În fine, renunțându-se și la ideea de societate, cu particularitățile inerente masei comune a soților, s-a acreditat, de o parte a doctrinei,¹³⁷ teza potrivit căreia masa comună este o „persoană morală”. Marea

¹³⁵ St.D. Cărpenaru, op. cit., ed. a III-a, Ed. ALL Beck, București, 2000, p. 168; C.S.J., secția comercială, decizia nr. 178/1992, în „Dreptul”, 1993, nr. 9, p. 84.

¹³⁶ Cass. civ., decizia din 18 aprilie 1860, *apud* G. Wicker, Personne morale, cit. *supra*, nr. 13.

¹³⁷ Pe larg, a se vedea: J. Carbonnier, La communauté entre époux est-elle une personne morale?, cit. *supra*, p. 280 și urm.; G. Cornu, Les régimes matrimoniaux, p. 300-303, 409-410, 596. Anterior reformelor din 1938 și 1942, J. Carbonnier (Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, Bordeaux, 1932, *apud* E.K., Communauté, cit. *supra*, nr. 44) a susținut că masa comună ar fi o veritabilă societate civilă.

majoritate a autorilor¹³⁸ a respins însă această teză, făcând loc alteia: masa comună este o indiviziune, dar una special organizată prin lege.¹³⁹

Dar indiviziunea însăși este o persoană juridică?¹⁴⁰

La modul cel mai general, indiviziunea se prezintă ca o «coproprietate»¹⁴¹. Ea semnifică concursul mai multor drepturi de aceeași natură asupra aceluiasi bun sau acelorași bunuri, fără diviziunea materială a părților. Câteva precizări sau elemente de «detaliu» sunt, poate, necesare și utile: subiectele care alcătuiesc membrii indiviziunii pot fi, în general, titulari ai unui «drept real», nu exclusiv ai unui drept de proprietate; există indiviziune numai atunci când dreptul fiecărui proprietar privește ansamblul bunurilor sau bunul în întregul lui, nu o parte determinată din lucrul sau

¹³⁸ A se vedea E.K., op. cit., nr. 51.

¹³⁹ *Ibidem*, nr. 59 și urm., împreună cu reperele doctrinare.

¹⁴⁰ Pentru o sinteză cu privire la opiniile exprimate, a se vedea F. Xavier Testu, *Indivision*, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VI, îndeosebi nr. 92-104.

¹⁴¹ De principiu, se distinge între coproprietate și indiviziune pornindu-se de la ideea că proprietatea comună pe cote-părți are ca obiect un bun singular, individual, iar indiviziunea are ca obiect o universalitate de bunuri (G. Lufescu, *Teoria generală a drepturilor reale*, București, 1947, p. 350; C. Stătescu, *Persoana fizică. Persoana juridică. Drepturile reale*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1970, p. 692; D. Lupulescu, *Dreptul de proprietate comună pe cote-părți și aplicațiile sale practice*, Ed. Științifică, București, 1973, p. 10-12; L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, Ed. „Lumina Lex”, București, 2001, nr. 184). Distincția fiind «cantitativă», ea este – din acest motiv – aparent tranșantă. Numai că, pe de o parte, indiviziunea poate fi constituită cu privire la un singur bun, iar pe de alta, coproprietatea poate privi mai multe bunuri. În fond – spunea Fr. Deak – „proprietatea comună pe cote-părți este o proprietate indiviză, tot așa cum indiviziunea este o proprietate comună pe cote-părți” (Tratat de drept succesoral, Ed. „Actami”, București, 1999, p. 545). Alte încercări de a distinge între cele două categorii n-au fost – nici ele – mai lămuritoare (pentru unele opinii ale doctrinei franceze, a se vedea Fr. Xavier Testu, op. cit., în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VI, îndeosebi nr. 5, 6).

lucrurile comune; indiviziunea este esențialmente temporară, implicând caracterul absolut și imperativ reglementat al dreptului de a cere partajul, dar, totodată, repudiind ideea de proprietate sub condiție suspensivă ori rezolutorie și de proprietate afectată de un termen; subiectele de drept aflate în indiviziune au un interes comun.

Așadar, indiviziunea se caracterizează prin coexistența mai multor subiecte având drepturi identice asupra acelorași bunuri și un interes comun.¹⁴²

În aceste condiții, indiviziunea poate fi considerată persoană juridică?

Înainte de a încerca un răspuns, alte câteva accente pot avea relevanță.

Natura juridică specifică indiviziunii se revelă prin analiza ei instituțională. Sub semnul exigențelor unei asemenea analize, ea nu poate fi redusă la o simplă conjuncție efemeră de prerogative individuale: obiectul dreptului subiectiv al fiecăruia dintre coindivizari este o cotă-parte abstractă, așa încât masa comună sau ansamblul indiviz își are propria identitate și autonomie; indiviziunea este o unitate organică, personificată în raport cu toți cei care o compun și în raport cu terții; această «stare» a indiviziunii prevalează un «interes comun», care nu este reductibil la suma intereselor individuale, fiecare membru al indiviziunii fiind proprietar *in solidum* asupra totalității comune; regulile aplicabile gestiunii indiviziunii îi sunt specifice, postulând principiul unanimității, cu atenuările inerente funcționării instituției; subrogarea reală universală și cu titlu universal se produce deplin drept în toate formele de indiviziune; în fine și mai ales, indiviziunea nu se detașează decisiv de societatea comercială fără personalitate juridică¹⁴³ (orice indiviziune are un substrat voluntar; indivizarii sunt participanți la beneficii și la pierderi; ei au un interes comun,

¹⁴² Ph. Malaurie, L. Aynès, op. cit., 4^e éd., 198, nr. 808.

¹⁴³ După o amplă și substanțială analiză comparativă s-a ajuns la concluzia incertitudinii criteriilor de distincție între indiviziune și societatea comercială (F.X. Testu, op. cit., nr. 62-91).

indiviziunea este nu numai statică, ci și dinamică; disoluției societății îi corespunde partajul; regulile de gestiune sunt asemănătoare, în esență, în cazul amândurora).

Unele legături formale între comunitatea matrimonială și indiviziune nu pot fi ignorate; dar ele nu trebuie nici îngroșate.¹⁴⁴

Întrebarea care stăruie în legătură cu ambele instituții este aceeași: sunt ele persoane juridice?

Nici un text de lege nu atribuie comunității matrimoniale și indiviziunii atributul de «persoană juridică».¹⁴⁵

Ce e drept, formele de atribuire a calității de persoană juridică sunt acum variate: societățile comerciale, prin înregistrare în Registrul comerțului – art. 40 din Legea nr. 31/1990, republicată; societățile agricole, prin înscriere în registrul acestora de la judecătoria – art. 15-16 din Legea nr. 36/1991; asociațiile și fundațiile, prin înregistrare în registrul aflat la grefa judecătoriei – art. 5, 8 și 17 din O.G. nr. 26/2000; syndicatele, prin înscriere în registrul special de la judecătoria – art. 14, 17-18 din Legea nr. 54/2003; partidele politice, prin înregistrare la Tribunalul București – art. 22

¹⁴⁴ Pentru unele observații în acest sens, a se vedea P. Vasilescu, op. cit., p. 43 și urm.

¹⁴⁵ În cazul coproprietății forțate asupra părților comune din clădirile cu mai multe spații cu destinație de locuință ori cu altă destinație, constituirea proprietarilor în „asociații cu personalitate juridică” a fost nu doar admisă, ci chiar impusă prin dispozițiile art. 35 și ale art. 69 din Legea nr. 114/1996 (Legea locuinței a fost republicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 393 din 31 decembrie 1997). S-a consacrat astfel ipoteza unor *persoane juridice obligatoriu constituite*. Originalitatea unei astfel de coproprietăți rezultă din melanjul unor proprietăți individuale și a proprietății colective, cea din urmă fiind inevitabil accesorie celor dintâi. O astfel de coproprietate nu este – cum s-a spus – nici o „indiviziune specială”, nici o „proprietate individuală originală” (pentru observații critice, a se vedea Ph. Malaurie, Les biens. La publicité foncière, 5^e éd., Édition Cujas, 2002, nr. 717 și urm.). O concepție dualistă pare să se fi impus: dreptul de coproprietate este alcătuit dintr-un drept indiviz asupra părților comune [Art. 3 lit. b) din Regulamentul-cadru al asociațiilor de proprietari exprimă această concepție prin dispozițiile pe care le cuprinde].

din Legea nr. 14/2003; asociațiile proprietarilor, prin înregistrare la judecătoria – art. 35 din Legea nr. 114/1996, republicată etc.

Câteva constatări pot fi făcute: formalitatea atribuirii calității de persoană juridică operează *a posteriori* constituirii ei în fapt, prin voința celor care o alcătuiesc, exceptând desigur persoanele juridice obligatorii; formalitatea legală de atribuire are relevanță și are implicații mai ales în raporturile cu terții, având semnificația unei forme de publicitate; alături de persoanele juridice personificate ca atare prin lege există forme asociative care sunt organizate și funcționează asemănător «arhetipului» persoanelor juridice «legale», respectiv principalele patrimonii de afectățune: bunurile comune, în regim de comunitate¹⁴⁶; indiviziunea¹⁴⁷; fondurile comune de plasament sau de creanțe¹⁴⁸. Astfel de „patrimonii de afectățune” constituie „centre de interes” și au un regim juridic asemănător celui din „dreptul societar”¹⁴⁹. Și totuși, «ceva» le lipsește: formalitatea legală de dobândire a calității de persoană juridică. S-ar putea însă spune – și cu suficient temei – că lipsa publicității este complinită prin normele juridice având ca obiect organizarea respectivelor forme asociative și care, deopotrivă, sunt cunoscute de terți. Îndeplinirea formalităților de dobândire a calității de persoană juridică rămâne însă necesară, din cel puțin două motive: marcarea temporală a înființării persoanei juridice; înfățișarea de la momentul existenței ei ca subiect de drept distinct. Tributul încuviințării, autorizării, înregistrării, recunoașterii, după caz, trebuie deci plătit.

¹⁴⁶ A se vedea, bunăoară: G. Cornu, Les régimes matrimoniaux, Thémis, 6^e éd., 1992, p. 300-303, p. 409-410, 596; J. Carbonnier, La communauté entre époux est-elle une personne morale?, „Travaux de l'Association H. Capitant, t. VIII, 1953, p. 280 și urm.

¹⁴⁷ A se vedea F. Delhay, La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, nr. 264 și urm.

¹⁴⁸ Pentru repere doctrinare, a se vedea G. Wicker, op. cit., nr. 226, nota de sub nr. 91.

¹⁴⁹ Ibidem, nr. 226.

Dar odată îndeplinite aceste formalități, care este natura persoanei juridice?

67. Natura persoanei juridice. În pofida «venerabilei» lor existențe, natura persoanelor juridice sau, altfel spus, fundamentul lor a preocupat însă doctrina și, izolat, chiar jurisprudența, oferindu-se diverse explicații, unele revoluate, altele în actualitate, dar, oricum, fără a se putea spune că discuția a fost în sfârșit închisă.¹⁵⁰

67.1. Teoria ficțiunii, profesată de majoritatea juriștilor secolului al XIX-lea avea ca axiomă o idee pe cât de simplă, pe atât de contestabilă și neconformă realității: ființa umană constituie, prin natura sa, un subiect de drept; dar este și singurul veritabil subiect de drept. Așa fiind, concluzia inevitabilă nu putea fi decât una¹⁵¹: dacă, totuși, se recunoaște personalitate juridică unui grup, aceasta nu este decât rezultatul unei creații arbitrare și artificiale a legiuitorului, care personifică grupul «ca și cum» ar fi un individ. Mai mult însă decât poate sugera sintagma «ca și cum», n-ar fi vorba de o oarecare analogie, ci de asimilare artificială a grupului cu individul, o asimilare contrară ordinii naturale a lucrurilor – o ficțiune juridică.

Observațiile critice au fost ample, substanțiale și categorice, returnând teoria în istorie: postulatul că numai omul poate fi subiect de drept, fără implicarea vreunei ficțiuni, are ca sursă ideea că persoana juridică nu este decât o transpunere a persoanei umane; recursul la ficțiune nu rezolvă nimic, întrucât o persoană fictivă este o formă vidă; prin trimitere la voința arbitrară și artificială a legiuitorului nu se justifică de fapt existența persoanei

¹⁵⁰ Pe larg, împreună cu reperele doctrinare, a se vedea: G. Wicker, op. cit., nr. 203 și urm.; *Idem*, *Personne morale*, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VIII, nr. 1-105, îndeosebi nr. 8-5; A. Weill, F. Terré, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 5^e éd., Dalloz, 1983 și urm.

¹⁵¹ Au existat și, așa numindu-le, variante «extreme»: persoana morală nu constituie în nici un caz subiect de drept, subiecte de drept fiind numai persoanele care o alcătuiesc.

juridice, ci controlul acestei existențe de către autoritatea statală.¹⁵² Pe scurt, teoria ficțiunii „nu explică și nu justifică nimic”.¹⁵³

67.2. Teoria realității concrete a pornit de la o posibilă analogie între persoanele fizice și cele morale, considerând că, în cazul amândurora, formarea unei voințe – ca și caracteristică a subiectului de drept – se realizează și se manifestă.

Într-o primă variantă a acestei teorii, ar exista o identitate de natură între cele două categorii de persoane, ambele fiind „organisme celulare”, celulelor persoanei fizice corespunzându-i cele ale grupului, prin membrii acestuia. În fine, celulele organismului social ar îndeplini același rol în formarea voinței ca și celulele organismului uman. Este ceea ce s-a numit concepția «organică» sau «organicistă», care, într-un fel, ne reamintește de metafora antropomorfică a lui Montesquieu, la care filosoful iluminist a recurs, între altele, pentru a explica teoria separației puterilor în stat. Concepția «organicistă» este pe cât de simplă și accesibilă, pe atât de naivă, ea conducând – cum malițios s-a spus – la „reverii metafizice asupra sexului persoanei morale”.¹⁵⁴

Într-o altă variantă – sociologică –, s-a considerat că grupul are o conștiință și mai ales o voință colectivă, distinctă de cea a membrilor lui; voința colectivă nu este simpla sumă a voințelor individuale, ci, așa-zicând, rezultanta calitativă a acestora, o voință proprie, reală și autonomă, suficientă pentru a exprima personalitatea grupului și pentru a afirma realitatea lui în ordinea juridică.

¹⁵² Această obiecțiune nu este – nici ea – scutită de orice reproș. Într-adevăr, legiuitorul atribuie calitatea de persoană juridică dacă sunt îndeplinite exigențele legale și dacă măsura atribuirii este oportună (bunăoară, asociația utilizatorilor de apă pentru irigații a fost calificată ca „persoană juridică fără scop lucrativ”, probabil în considerarea faptului că desfășoară activități nu numai în interes propriu, dar și în interes public – art. 1 din O.U.G. nr. 147/1999, aprobată, cu modificări și completări, prin Legea nr. 573/2001). Dar atribuirea legală a personalității juridice nu are nici o legătură cu vreo teorie privind natura persoanei juridice; dispozițiile legale sunt neutre față de orice asemenea teorie.

¹⁵³ G. Wicker, op. cit., nr. 210.

¹⁵⁴ *Ibidem*, nr. 213.

Așadar, orice grup care exprimă o voință colectivă poate constitui o persoană morală. Nu statul acordă sau refuză personalitatea juridică a grupului, ci el permite sau interzice însuși grupul.

Oricum, în ambele variante, persoana morală (juridică) este dependentă de opțiunea legiuitorului. Dar – și mai ales – dacă persoana morală are ca fundament o „voință colectivă”, ar rezulta că această calitate nu poate reveni patrimoniilor afectate înzeștrării persoanei sau, recunoscându-li-se personalitatea juridică, aceasta s-ar realiza pe calea unei ficțiuni.¹⁵⁵ În fine, există grupuri în măsură să exprime o voință colectivă și totuși nu au personalitate juridică.

Conclusiv și exprimând esențialul, «interesul», nu «voința» constituie fundamentul persoanei juridice (morale); și tot astfel, dreptul subiectiv.¹⁵⁶ Pe aceste baze a fost elaborată teoria „realității tehnice a persoanei morale”.

67.3. Teoria realității tehnice își constituie deci ca fundament al persoanei juridice (morale) «interesul». Este teoria larg acreditată în doctrina și jurisprudența franceze.¹⁵⁷ Înăuntrul acestei teorii, pretinsa persoană morală nu este, în realitate, decât un „patrimoniu colectiv”, aparținând unui grup, un „patrimoniu de afecțiune”, de bunuri afectate unui scop de „interes” general. În consecință, persoana juridică nu este decât o „instituție”, adică „un ansamblu de

¹⁵⁵ *Ibidem*, nr. 214. În concepția autorului, indiviziunea sau comunitatea matrimonială ori alte patrimonii de afecțiune au personalitate juridică. Mai pe larg, a se vedea S. Guinchard, *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, Lyon, 1974, (thèse), *passim*.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ A se vedea, bunăoară: M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Les personnes*, par R et J. Savariet, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2^e éd., 1952, nr. 71; M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 906-1909, nr. 47; C. Beudant, *Cours de droit civil français*, publié par R. Beudant et P. Lerebourg-Pigeonniere, 2^e éd., Rousseau, Paris, „Les biens”, t. IV, nr. 252 și urm.; J. Bonnet, *Supplément au traité de droit civil*, de G. Baudry-Lucantinerie, t. IV, 1928, nr. 153 și urm., *apud* G. Wicker, op. cit., nr. 217, 218.

reguli aplicabile unui grup, reguli imperative având ca scop asigurarea satisfacerii unor interese, pecuniare sau morale, comune grupului și prezentând o oarecare permanență”.¹⁵⁸

Conceptul de «drept subiectiv» este așezat la fundamentul persoanei morale. Dar esența dreptului subiectiv o constituie nu «voința» – refuzându-l astfel minorului sau alienatului – ci «interesul» unui individ sau al unui grup de indivizi, un interes propriu, recunoscut și protejat juridicește. Recunoscând grupul ca licit se recunoaște interesul ca fiind protejat și, în consecință, se recunoaște implicit personalitatea juridică a grupului. Este valorizat astfel un interes colectiv, distinct de interesele individuale. Pentru ca un grup să beneficieze de personalitate juridică el trebuie să întrunească două condiții, pe care le implică dreptul subiectiv: „un interes distinct de interesele individuale; o organizare capabilă să formeze o voință colectivă, care poate reprezenta și apăra acest interes”.¹⁵⁹ Totuși, persoana juridică este dependentă de recunoașterea ei legală. Legea intervine pentru determinarea, în raport cu scopul urmărit, a licietății grupului și pentru a stabili regulile formării lui. Este însă o chestiune de politică legislativă, „fără legătură cu natura persoanei morale”.¹⁶⁰

Începând cu anul 1954, jurisprudența franceză a consacrat teoria realității tehnice¹⁶¹, considerând că două criterii trebuie întrunite pentru recunoașterea personalității morale: posibilitatea de exprimare colectivă; existența unor interese licite, juridic recunoscute și protejate.¹⁶² Persoana morală – a spus Curtea de Casație franceză – „nu este o creație a legii”; ea este recunoscută implicit atunci când se recunoaște licietatea grupului și a scopului pe care îl urmărește. Intervenția legiuitorului ar avea deci un alt sens: nu crearea persoanei juridice, ci eventuala ei interdicere.

¹⁵⁸ A. Weill, F. Terré, op. cit., nr. 52, 53.

¹⁵⁹ L. Michoud, op. cit., nr. 52, 53.

¹⁶⁰ G. Wicker, op. cit., nr. 219.

¹⁶¹ *Ibidem*, nr. 221.

¹⁶² Cass. civ., decizia din 28 ianuarie 1954, în „Jurisclasseur périodique”, 1954, II, 7978.

Interesul constituie deci baza afirmării realității persoanei juridice.¹⁶³

Dar, dacă interesul specific justifică personalitatea juridică a grupului, acest interes este limitat, exprimând principiul specialității capacității de folosință a persoanei juridice. „Persoana juridică nu poate avea decât acele drepturi care corespund scopului ei, stabilit prin lege, actul de înființare sau statut. Orice act juridic care nu este făcut în vederea realizării acestui scop este nul” – art. 34 din Decretul nr. 31/1954. Scopul persoanei juridice – subordonat interesului urmărit – „exprimă însăși rațiunea de a fi a fiecărei persoane juridice”; el determină „limitele capacității de folosință a persoanei juridice”; „scopul propriu dă sens celorlalte două elemente constitutive – organizarea de sine stătătoare și patrimoniu propriu [n.n.] – în înțelesul că organizarea proprie și patrimoniul propriu sunt afectate realizării obiectului de activitate al subiectului colectiv de drept civil”.¹⁶⁴ Variabilitatea capacității de folosință a persoanelor morale semnifică prelungirea logică a caracterului și a funcției tehnice a unei asemenea persoane. Așa fiind, nu-și au rostul „considerațiile de ordin simbolic privind existența ei”.¹⁶⁵ În măsura în care scopul persoanei juridice este, sub titlu principal, acela de a reuni în jurul aceleiași centru de interese un ansamblu de drepturi și de obligații, nu există rațiune pentru a refuza atribuirea acestei calități în profitul patrimoniului de afecțiune constituit conform legii.¹⁶⁶ Apare îndoielnică o linie fermă de demarcare a personalității morale: unele grupuri de exemplu, comunitatea conjugală – lipsite de personalitate juridică „se comportă adesea ca o societate”; unele persoane morale – de exemplu, sindicatul coproprietarilor – nu sunt proprietare de bunuri comune; unele societăți, fără personalitate morală – de exemplu, societatea în participație – își afectează bunurile în scopul desfășurării unei activități.¹⁶⁷

¹⁶³ G. Wicker, op. cit., nr. 223 și urm.

¹⁶⁴ Gh. Beleiu, op. cit., p. 390.

¹⁶⁵ G. Wicker, op. cit., nr. 225.

¹⁶⁶ M. Planiol, G. Ripert, op. cit., nr. 73.

¹⁶⁷ Ph. Malaurie, op. cit., 5^e éd., nr. 654.

Secțiunea a 3-a

Ipoteza ficțiunii juridice în materie de reprezentare

68. Definiția reprezentării și formele acesteia. Termenul «reprezentare» sugerează, prin chiar structura acestui cuvânt (*re-prezentare*), o dublare, o repetiție, o nouă prezentare, dar, mai aproape de semnificația juridică a termenului, sugerează ideea unui absent considerat totuși prezent, datorită unei proceduri determinate sau prin intermediul mecanismului tehnic al reprezentării. Validitatea și legitimitatea acestei proceduri ar deriva tocmai din „ficțiunea” reprezentării.¹⁶⁸ Alteori însă, în afara oricărei sugestii de dublare, de repetiție sau de prezență a unui absent, reprezentarea semnifică exhibarea unui titlu, în temeiul căruia o situație sau o acțiune este posibilă. În drept, termenul «reprezentare» este întrebuințat în ambele accepțiuni. Corespondentul «reprezentării» sau subiectul acesteia, adică «reprezentantul» se înfățișează în raporturile juridice în ipostaze diverse¹⁶⁹, extrem de diferite chiar și care, uneori, n-au ca element comun decât substantivul în sine¹⁷⁰, precum: prevalarea intereselor private ale unei alte persoane fizice sau morale (mandatar, mandatar social, administrator, sechestrar, tutore, gerant, comisionar, concesionar, responsabil fiscal) sau prevalarea intereselor colective, ale unui grup (reprezentantul creditorilor, reprezentantul salariaților) ori, bunăoară, autoritatea care acționează într-un interes public sau, în fine, într-un sens special, distinct, moștenitorul care vine la succesiune prin reprezentarea unui succesibil precedat.

¹⁶⁸ M. Mialle, Représentation, în „Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit”, cit. *supra*, p. 350 și urm.

¹⁶⁹ A se vedea G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 1992, 3^e éd., p. 710, 711.

¹⁷⁰ Greu sau chiar imposibil de găsit elementele comune substanțiale între, de exemplu, mandatarul social, tutore, comisionar, parlamentar, rezident etc., deși, semantic, se află sub cupola aceleiași determinativ: «reprezentant».

Ne interesează însă, în context, reprezentarea în raporturile juridice civile, ca prim nivel de aproximare, în sens larg, și reprezentarea în actele civile, ca al doilea nivel de aproximare, într-un sens tehnic restrâns.

În primul sens, adică vizând *reprezentarea în general* în raporturile juridice, aceasta constă în faptul că o persoană urmărește valorizarea intereselor unei alte persoane, fizice sau morale, acționând în numele, în locul și în contul acesteia, putând-o chiar obliga, pe temeiul unei puteri ce i-a fost conferită prin convenție – reprezentarea convențională –, printr-o hotărâre a instanței – reprezentarea judiciară – sau prin lege – reprezentarea legală.

În cel de-al doilea sens, vizând *reprezentarea în actele juridice*, aceasta constă în faptul că o persoană, numită reprezentant, face un act ale cărui efecte se răsfrâng direct asupra unei alte persoane, numită reprezentat¹⁷¹, „ca și cum ea însăși ar fi făcut acel act”, „în ea născându-se raportul de drept cu cealaltă parte”.¹⁷² Asupra acestei forme de reprezentare vom stărui în context.

Într-o opinie, subtil argumentată, s-a făcut distincție între „convenția de reprezentare” – care „evidențiază doar aspectul genetic și, prin aceasta, static al reprezentării” – și „reprezentarea convențională” – care „scoate la lumină un aspect dinamic, concretizat în aceea că reprezentarea convențională constituie însăși transpunerea în viață a raportului de reprezentare ce s-a născut din convenție”; altfel, în absența unei asemenea dihotomii, s-ar putea „trage o concluzie simplificatoare, anume că dincolo de aspectul convențional al reprezentării nu s-ar mai ascunde absolut nimic”.¹⁷³ Odată făcută această disociere «din punct de vedere intelectual», s-a procedat la definirea celor două concepte. „Convenția

¹⁷¹ Ph. Pétel, *Représentation*, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. IX, nr. 1.

¹⁷² C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil*, vol. I, Restitutio, Ed. ALL, București, nr. 191.

¹⁷³ P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie generală a actului de drept privat*, Ed. „Rosetti”, București, 2003, p. 203.

de reprezentare este acordul de voințe prin intermediul căruia părțile convin să creeze între ele un raport de reprezentare în virtutea căruia o parte (reprezentatul) împuternicește și dispune ca cealaltă parte (reprezentantul) să participe la circuitul civil *in nomine alieno*, prin încheierea unor acte juridice, în numele și pe seama reprezentatului. În schimb, reprezentarea convențională constituie acea situație juridică născută dintr-o convenție de reprezentare și caracterizată prin aceea că o persoană (reprezentant) săvârșește unele acte juridice în numele și pe seama altei persoane (reprezentat)”¹⁷⁴. În fine, în aceeași opinie, precizarea „în numele” este de esența convenției de reprezentare, „iar lipsa acestui termen va determina calificarea unei asemenea convenții ca fiind nu de reprezentare, ci de mandat (art. 1532 C. civ.)”.¹⁷⁵

În contextul acestui demers, credem însă că n-ar prezenta utilitate disocierea între „convenția de reprezentare” și „reprezentarea convențională”.

Necesitatea reprezentării este indeniabilă, mai ales în cazul unor persoane incapabile, care, astfel, prin reprezentare, pot totuși să beneficieze de avantajele vieții juridice.¹⁷⁶

Reprezentarea presupune așadar îndeplinirea unui act juridic, de către o persoană care acționează în numele și în contul alteia.

Îndeplinirea de către reprezentant a unui act juridic relevă trei elemente caracteristice mecanismului reprezentării: actul făcut de reprezentant este unul *juridic* (a); reprezentantul este *autorul acestui act* (b); actul este făcut *în numele și în contul altuia* (c), al celui reprezentat.

a) Cu unele excepții și în pofida inexistenței unei *norme generale* cu privire la reprezentare, în principiu, orice act juridic poate fi îndeplinit prin reprezentare: convenții, acte unilaterale (opțiuni, renunțări, confirmarea unui act anulabil, rezilierea unilaterală a unui contract, exercitarea unei acțiuni în justiție și efectuarea actelor de procedură pe care aceasta le implică etc.) Plata chiar a

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 203, 204.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 205.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

unei sume de bani, considerată un act juridic¹⁷⁷, poate fi realizată prin reprezentare. Totuși, unele acte juridice, având un caracter personal, nu pot fi îndeplinite prin reprezentare [căsătoria – art. 12 alin. (1) C. fam. și art. 28 alin. (1) din Legea nr. 119/1996¹⁷⁸, testamentul – art. 802 C. civ., unele acte în procedura divorțului – art. 616 C. civ., art. 613¹ alin. (2) C. proc. civ.].

Numai actele juridice pot fi îndeplinite prin mecanismul reprezentării, nu și actele materiale, în îndeplinirea cărora, pentru altul, intermediarul poate fi, după caz, antreprenor, transportator, depozitar, salariat etc. Astfel de acte materiale, uneori inevitabile în contextul îndeplinirii unor acte juridice, fie nu produc ele însele efecte juridice, fie, dacă produc asemenea efecte, acestea nu se răsfrâng asupra celui reprezentat; faptele materiale «juridice», cele care produc efecte juridice independent de exprimarea unei voințe în acest scop, deși, uneori, își răsfrâng efectele asupra altuia decât autorul faptului, nu sunt totuși susceptibile de subsumare reprezentării¹⁷⁹

¹⁷⁷ M.-L. Izorche, Paiement, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VII, nr. 2. Totuși, izolat, s-a considerat că plata este un „fapt juridic”, independent de voința „părților”; în sensul art. 1234 din Codul civil francez, nu voința debitorului și cea a creditorului atribuie efect extinctiv executării obligației (N. Catala, La nature juridique du paiement, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1961, p. 110 și urm.). Plata este un act hibrid, uneori fiind considerată un act juridic, în special în privința regulilor de probă, alteori, într-adevăr, stingerea obligației se produce independent de voința părților.

¹⁷⁸ Legea nr. 119/1996 cu privire la actele de stare civilă („Monitorul Oficial al României”, nr. 282 din 11 noiembrie 1996) a fost modificată și completată prin Legea nr. 23/1999, prin Legea nr. 479/2002, prin Legea nr. 94/2004 și prin O.U.G. nr. 50/2004. Articolul 66 din lege a fost modificat prin Legea nr. 272/2004.

¹⁷⁹ Pentru un alt punct de vedere, acum abandonat, împreună cu observațiile critice, a se vedea M. Storck, Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, nr. 269).

(de exemplu, prepusul¹⁸⁰ sau «mandatarul» social¹⁸¹).

b) Reprezentantul trebuie să fie el însuși autorul actului. El însuși trebuie să-și manifeste voința în scopul de a produce efecte juridice. Tocmai din acest motiv, integritatea consimțământului se verifică în persoana reprezentantului, nu a celui reprezentat. Așa fiind, nu orice persoană care intervine într-un act juridic are *eo ipso* calitatea de reprezentant (bunăoară, negociatorul, conciliatorul sau mediatorul ori mesagerul)¹⁸². Există însă diferite grade în libertatea de decizie caracteristică reprezentantului: unii reprezentanți au «puteri proprii» în a decide oportunitatea acțiunii lor în contul reprezentanților (de exemplu, reprezentanții legali ai persoanelor incapabile, exceptând actele de dispoziție, reprezentanții persoanei juridice, dacă nu există limite prestabilite); alți reprezentanți au numai «instrucțiuni indicative» (de exemplu, îndeobște mandatarii, în special cei profesionali); există și reprezentanți care au o «facultate de adaptare», permițându-le, în circumstanțele date, să renunțe la încheierea unui act.

c) Actul trebuie încheiat în numele și în contul altuia, adică: pe de o parte, actul să fie făcut în condiții de transparență, suficientă pentru a se înțelege că reprezentantul acționează nu pentru el, ci pentru altul; pe de altă parte, actul să fie făcut pentru a-și produce efectele juridice în privința altei persoane decât autorul lui.¹⁸³ Deși

¹⁸⁰ Binomul «prepus-comitent» ar putea induce în eroare; dar termenul «comitent» nu are aici sensul atribuit în dreptul contractelor, cât privește contractul de comision, ca varietate a reprezentării contractuale.

¹⁸¹ Articolul 72 din Legea nr. 31/1990 (republicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 1066 din 27 noiembrie 2004) potrivit căruia obligațiile și răspunderea administratorilor „sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat” [s.n.], nu implică ideea că ei sunt „mandatari”, în sensul atribuit termenului de legea civilă, ci, dimpotrivă, numai că, sub anumite aspecte, ei sunt «asimilați» mandatarilor, întrucât, pe de o parte, chiar textul articolului menționat se referă și la obligațiile și răspunderea special prevăzute de lege, iar pe de alta, astfel de obligații și răspunderi sunt prevăzute în pactul societății.

¹⁸² M. Storck, op. cit., nr. 61 și urm., nr. 288 și urm.

¹⁸³ De exemplu, atunci când o persoană contractează o cautiune, ea nu acționează „în contul debitorului”, ci „în interesul” debitorului principal.

reprezentarea nu este singurul mecanism juridic care permite disocierea între autorul actului și subiectul asupra căruia se răsfrâng efectele juridice¹⁸⁴, totuși, această disociere este absolut necesară în cazul reprezentării.

69. Condițiile reprezentării sunt unanim considerate următoarele două:

69.1. În principiu, reprezentantul trebuie să fie înzestrat cu puterea de a reprezenta, putere care, în raport cu sursa acesteia, poate fi legală, judiciară sau convențională.

În marginea acestei prime axiome a reprezentării, câteva precizări credem că sunt necesare.

a) Puterea de a reprezenta nu este indisolubil legată de «reprezentare». De exemplu, executorul testamentar¹⁸⁵, comisionarul¹⁸⁶

Atunci când fidejutorul se obligă, la cererea sau cu știrea debitorului, fidejusiunea implică ideea de mandat tacit, fidejutorul având acțiune *mandati contraria*, pentru a obține de la debitor ceea ce a plătit creditorului (*D. Alexandresco*, op. cit., t. X, 1911, p. 120.) Dar fidejusiunea nu este un mandat, ceea ce rezultă, între altele, din faptul că fidejutorul se poate obliga și fără știrea debitorului (art. 1655 C. civ.), dar și din compararea, cât privește solidaritatea, dispozițiilor art. 1543 C. civ. și ale art. 1666 C. civ. (art. 1669 C. civ. este aplicabil, cât privește acțiunea în regres a fidejutorului, atât în ipoteza când el a garantat „cu știința debitorului”, cât și atunci când a garantat „pe neștiința lui”, cum spune textul).

¹⁸⁴ A se vedea *M. Storck*, op. cit., nr. 88.

¹⁸⁵ Potrivit opiniei dominante, dispozițiile art. 910 și urm. C. civ. cu privire la execuțiunea testamentară configurează natura acesteia ca „mandat special”, care prezintă unele asemănări cu mandatul de drept comun, dar și semnificative deosebiri. Pe larg, inclusiv cu reperele doctrinare menționate, a se vedea *Fr. Deak*, *Tratat de drept succesoral*, ed. a II-a, actualizată și completată, Ed. „Universul Juridic”, București, 2002, nr. 177.

¹⁸⁶ Prevederile art. 405 alin. (2), precum și cele ale art. 406 C. com. sugerează credem, suficient, că între comisionar și mandatar există asemănări, dar și deosebiri imposibil de ignorat (pentru unele asemănări și deosebiri, a se vedea *St. Cărpenu*, *Contractul de comision*, în vol. „Contracte civile și comerciale”, de *Fr. Deak* și *St. Cărpenu*, Ed. „Lumina Lex”, București, 1993, p. 329, 330). Doctrina actuală și majoritară franceză a revenit la concepția originară și restrictivă, în sensul căreia comisionarul

sau agentul comercial permanent¹⁸⁷ nu acționează înăuntrul mecanismului reprezentării. Dar reprezentantul nu poate angaja juridic pe cel reprezentat fără să fi dobândit de la acesta puterea de a-l reprezenta.

b) Clasificarea formelor de reprezentare în raport cu sursa acestora – legală, judiciară sau convențională – este artificială, existând interferențe între ele (de exemplu, în cazul administratorului unei societăți aflată în procedura reorganizării judiciare și a falimentului, reprezentare care are o origine judiciară, dar puterile specifice ei sunt determinate prin lege).

c) Chiar în absența unei puteri de a reprezenta, reprezentarea își poate produce efectele în considerarea unei «puteri aparente», conform principiul *error communis facit ius*, îndeosebi în materie de mandat.¹⁸⁸

d) Pentru a angaja juridicește pe cel reprezentat, reprezentantul nu trebuie să depășească limitele puterilor conferite ori să le deturneze¹⁸⁹, terții putându-se prevala de o eroare legitimă. În lipsa unor

acționează *proprio nomine* (uneori se vorbește totuși de o „reprezentare imperfectă” – *Ph. Malaurie, L. Aynès, Les contrats spéciaux*, 11^e éd., Cujas, 1998, nr. 538). A se vedea: *P. Chauvel, Commissionnaire*, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. II, îndeosebi nr. 11-16, inclusiv pentru repere jurisprudențiale; *J. Huet, Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., sous la direction de J. Ghestin, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, nr. 31128-31130.

¹⁸⁷ Agentul comercial permanent este – cum precizează art. 1 din Legea nr. 509/2002 privind agenții comerciale permanenți („Monitorul Oficial al României”, nr. 581 din 6 august 2002) – un „intermediar independent”, dar statornic, care, în baza unei împuterniciri de la comitent, negociază afaceri pentru acesta. Dacă, în condițiile împuternicirii primite, negociază și „încheie” afaceri „în numele și pe seama comitentului” [art. 1 alin. (2) lit. b) din lege], suntem în prezența unui mandat comercial special.

¹⁸⁸ Pentru o încercare de sinteză, a se vedea *I. Deleanu*, *Aparența în drept*, în „Pandectele Române”, 2002, nr. 2, p. 251 și urm. A se vedea și *supra*, nr. 57.6.

¹⁸⁹ În cazul administratorilor societății, care reprezintă „interese”, nu „persoane” sau reprezintă „voința socială”, nu „voința individuală” a membrilor societății, mandatul comercial al acestora are o configurare

reguli generale cu privire la limitele și finalitatea reprezentării și în lipsa unor dispoziții derogatorii exprese, se vor aplica regulile de la mandat – art. 1532 și urm. C. civ.

69.2. Reprezentantul trebuie să se manifeste cu intenția de a reprezenta, intenția de a acționa în contul altuia sau *contemplatio domini*. Această intenție trebuie exteriorizată, reprezentantul revelându-și calitatea de intermediar împuternicit să acționeze în numele și în contul altuia, indicându-l pe cel reprezentat.

Aceste câteva considerații preliminare, incomplete de altfel, n-au alt rost decât acela de a înțelege articulațiile esențiale ale reprezentării pentru a putea, în cele din urmă și în principal, în contextul acestui demers, să abordăm natura reprezentării: este aceasta o ficțiune juridică?

70. Reprezentarea nu este o ficțiune juridică. În pofida evidenței acestei aserțiuni, demonstrarea ei este, poate, mai complexă decât pare.¹⁹⁰

În trecut, doctrina clasică, mai ales cea din Germania, a considerat că reprezentarea este o ficțiune, în sensul că persoana reprezentată își manifestă voința prin persoana reprezentantului, rolul acestuia mărginindu-se la a exprima voința persoanei reprezentate.¹⁹¹ În doctrina noastră clasică s-a apreciat că această

specifică, implicând și măsuri legale pentru protejarea terților (art. 55 din Legea nr. 31/1990).

¹⁹⁰ Pentru o sinteză a opiniilor doctrinare cu privire la fundamentul reprezentării convenționale, a se vedea J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, nr. 926 și urm.

¹⁹¹ Pentru unele repere și observații critice, a se vedea: M. Storck, *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, cit. *supra*, nr. 91 și urm.; J. Ghestin, Chr. Jamins, M. Billiau, op. cit., nr. 926. La fundamentul reprezentării convenționale aflându-se „voința”, în opinia unora reprezentarea este o „ficțiune de voință”, reprezentatul fiind prezumat a se lega în raporturi juridice cu un terț prin intermediul reprezentantului – *qui mandat, ipse fecisse videtur*; în opinia altora, reținând de asemenea ideea de ficțiune, reprezentantul ar fi veritabilul contractant.

explicație este inexactă, „deoarece ea nu se poate aplica la unul din cazurile principale de reprezentare, anume în cazul reprezentării unui incapabil, lipsit de voință eficace (...)”¹⁹² S-a considerat, totodată, că în dreptul modern trebuie să recurgă cât mai rar „la crearea de ficțiuni pentru a explica anumite instituții juridice”; dacă în dreptul roman, „ficțiunile erau necesare fiindcă aveau drept scop să ocolească prescripții ale dreptului civil, rezultat la care se ajungea presupunându-se împlinite în mod fictiv condiții care în realitate nu erau împlinite”, în dreptul modern „legiuitorul nu are nevoie să recurgă la asemenea căi piezișe pentru a crea o instituție juridică; el o poate crea direct și fățiș, fără a recurge la ficțiuni”.¹⁹³ În fine, s-a apreciat ca fiind lipsită de interes practic „căutarea unei teorii generale și a unei temelii juridice abstracte pentru a explica *a posteriori* o instituție juridică ca reprezentarea”, aceasta fiind opera veacurilor, „îndeplinită sub presiunea necesităților și a progreselor juridice”, explicându-se „destul de clar prin studiul evoluției ei istorice”.¹⁹⁴

Observația de fond ni se pare judicioasă, dar demonstrarea poate că nu este suficientă, iar interesul practic al unei mai largi abordări credem că încă subzistă.

Alte precizări și observații, mai recente și incontestabil mai substanțiale, ni se par semnificative. Ideea de ficțiune este „atât inexactă, cât și închizătoare de drumuri”; „inexactă”, pentru că, în cazul reprezentării convenționale, elementul său contractual este de ordinul evidenței, iar ideea de ficțiune tinde să-l marginalizeze, dacă nu chiar să-l înlăture din câmpul analizei; „închizătoare de drumuri”, pentru că ideea de ficțiune cantonează orice discurs și prin aceasta chiar îl anulează, în chiar sfera ficțiunii.¹⁹⁵

¹⁹² C. Hamagiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit., nr. 193.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ A se vedea P. Vasilescu, op. cit., p. 208. „O ficțiune – mai spunea autorul – oricare ar fi ea, imprimă un caracter fiduciar oricărei tendințe epistemice care încearcă explicarea ficțiunii cu mijloace străine acesteia. Aseitatea ficțiunii – în sferă juridică – cunoaște însă o evanescență impusă

Două exigențe trebuie împlinite pentru validitatea unui act juridic: calitatea de titular al prerogativelor postulate de către autorul actului; exprimarea unei voințe juridice. Dacă lipsește una dintre aceste existențe se poate eventual vorbi despre o ficțiune juridică.

Reprezentarea presupune o disociere între calitatea de autor al actului și cea de parte angajată prin efectele juridice care derivă din acel act. Prin voința proprie a reprezentantului se încheie acel act, fără nici o implicare a voinței celui reprezentat, titularul drepturilor puse în discuție și singurul angajat prin efectele juridice ale actului. Uneori, cel reprezentat nici nu poate exprima o voință valabilă juridic, cum este cazul incapabilului pus sub interdicție, sau voința lui este imposibilă ori inutilă, precum în materie succesorală, în sensul celor prevăzute de art. 654 C. civ., care consideră copilul conceput ca și copil care există și poate succede. Asemenea situații au putut conduce la ideea că reprezentarea este o ficțiune, singura voință care interesează fiind aceea a reprezentantului. Ficțiunea juridică ar putea de asemenea să fie invocată atunci când, deși în suportul actului juridic nu se află o voință, totuși, potrivit legii, actul este considerat ca încheiat, precum în cazul «tacitei relocațiuni» prevăzută de art. 1437 C. civ., sau atunci când voința n-a fost obiectivată, exteriorizată, dar, făcându-se aplicarea principiului *qui tacit consentire videtur*, tăcerea însăși valorează consimțământ, fie pentru că așa prevede legea, ca și în ipoteza prevăzută de art. 1437 C. civ., fie pentru că așa au convenit părțile, de exemplu ca tăcerea după primirea ofertei să semnifice acceptare, fie pentru că îndeobște așa se consideră, bunăoară atunci când oferta se face exclusiv în interesul destinatarului, simpla tăcere a acestuia semnificând acceptare, ori atunci când, la oferta de iertare de datorie făcută de creditor, debitorul tace, acceptând-o astfel.

de înseși funcțiile practice pe care o construcție juridică, chiar dacă originile sale se găsesc într-o ficțiune, le îndeplinește. Corecția continuă la care aceasta este supusă de către imperative pragmatice creează însă iluzia că – în ceea ce ea are mai intim – ficțiunea, datorită inserției sale cu realul, poate fi explicată și altcumva decât prin ea însăși.”

Totuși, aceste ipoteze trebuie nuanțate: atunci când norma juridică însăși atribuie sens unei manifestări de voință, active sau pasive, nu este o ficțiune juridică; dacă, dimpotrivă, obiectivarea, activă sau pasivă, a unui anumit comportament nu implică nici o intenționalitate juridică, dar norma juridică, independent de vreo voință din partea subiectului de drept, îl angajează totuși juridicește, se poate eventual vorbi de o ficțiune juridică.¹⁹⁶

Reprezentarea aduce în discuție ficțiunea juridică rezultând din medierea voinței unui terț, care, deși nu este autorul actului, profită de consecințele juridice ale acestuia ori trebuie să le suporte. Aparent am fi în prezența unei ficțiuni juridice, întrucât, prin mecanismul reprezentării, se derogă de la caracterul de exclusivitate a drepturilor subiective. Este însă numai o aparență.

Spre deosebire de alte legislații¹⁹⁷, Codul civil francez și, urmându-l, Codul civil român nu cuprind dispoziții generale cu privire la reprezentare¹⁹⁸, pentru a se înlesni, având ca reper asemenea dispoziții, o teorie a reprezentării. În aceste condiții, unii autori au încercat să explice mecanismul reprezentării prin considerente extrajuridice (70.1.), alții prin considerente tehnice juridice, dar insuficiente sau inadecvate (70.2.).

¹⁹⁶ G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997, nr. 45.

¹⁹⁷ Bunăoară, art. 164-180 din Codul civil german sau art. 32-40 din Codul civil elvețian al obligațiilor.

¹⁹⁸ Proiectul Codului civil are în vedere și o asemenea reglementare: sursa sau temeiul reprezentării – „legea ori convenția”; efectele reprezentării, față de reprezentat; capacitatea părților, „în cazul reprezentării convenționale”; aprecierea bunei-credințe, ca și a necunoașterii anumitor circumstanțe în „persoana reprezentantului”, dacă respectivele elemente n-au fost indicate expres de către cel reprezentat; forma împuternicirii și justificarea puterii de a reprezenta; conflictul de interese; contractul cu sine însuși; modificarea sau revocarea împuternicirii; obligațiile reprezentantului la încetarea împuternicirii; depășirea limitelor reprezentării; ratificarea; desființarea contractului înaintea ratificării etc. – art. 1041-1056 din proiect.

70.1. Întrucât prin reprezentare se derogă de la principiul conform căruia numai acela care și-a exprimat voința la încheierea actului juridic poate fi angajat prin efectele acestuia, reprezentarea a fost considerată o ficțiune, cel reprezentat exprimându-și voința, «fictiv», prin intermediul reprezentantului.¹⁹⁹ Altfel spus, reprezentarea ar fi o ficțiune care „lărgeste personalitatea omului”, permițându-i să încheie acte, în numele său, prin intermediul unui terț, căruia îi conferă această misiune, obținând astfel același rezultat «ca și cum» ar fi acționat el însuși.

Cel puțin două observații credem că sunt deja justificate:

a) Ideea ficțiunii, astfel cum ea a fost prezentată, confundă două concepte distincte: «capacitatea» și «puterea». Esența reprezentării o constituie puterea de a reprezenta. În timp ce capacitatea este aptitudinea persoanei de a-și exercita drepturile, puterea este aptitudinea de a exercita drepturile altuia, de a acționa în contul aceluia. Aceste două concepte sunt legate între ele: unei incapacități îi corespunde ca remediu necesar reprezentarea, prin înzestrarea – legală, judiciară sau convențională – a reprezentantului cu puterea de a reprezenta. Între ele există însă și semnificative deosebiri²⁰⁰: o persoană poate exercita ca reprezentant drepturile altuia pe care nu le-ar putea însă exercita în contul său (de exemplu, minorul cu o capacitate de exercițiu restrânsă nu poate înstrăina sau greva un imobil, el nu poate să facă o donație sau să garanteze obligațiile altuia – art. 133 C. fam., întrucât actul făcut ca reprezentant își produce efectele în patrimoniul altuia; capacitatea constituie regula, așa încât incapacitatea trebuie prevăzută expres și este de interpretare restrictivă, pe când puterea urmează un regim juridic diferit, ea neputând să rezulte decât dintr-un text de lege, o hotărâre a instanței sau un mandat convențional [mandatul dat în termeni generali nu cuprinde decât actele de administrație – art. 1536 alin. (1) C. civ.].

¹⁹⁹ Pentru repere doctrinare, a se vedea G. Wicker, op. cit., nr. 52, notele de sub nr. 33, 34.

²⁰⁰ A se vedea A. Weill, F. Terré, Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités, 5^e éd., Dalloz, 1983, nr. 737.

Ideea ficțiunii, în circumstanțele arătate, ignoră ruptura care se produce în cazul reprezentării între calitatea de autor al actului și aceea de parte în acel act.

b) În fine, acreditând ideea ficțiunii, rămâne fără nici o explicație reprezentarea unei persoane lipsită de o voință juridică valabilă.²⁰¹

70.2. Tehnic analizând mecanismul reprezentării, s-a considerat că reprezentarea ar fi o «modalitate» a actului juridic. O modalitate în virtutea căreia efectele unui act încheiat de o persoană, numită reprezentant, în contul altuia, numit reprezentat, se produc direct și imediat asupra acestuia din urmă.²⁰² Mai întâi, și pe bună dreptate, s-a făcut observația că astfel se recurge la întrebuintarea improprie a termenului «modalitate»²⁰³, care, cum se știe, are un sens tehnic precis: particularitate care, afectând o obligație în unul din elementele ei, modifică efectele normale ale acesteia, fie cât privește exigibilitatea (termenul suspensiv), stingerea ei (termenul extinctiv), nașterea obligației (condiția suspensivă) sau rezoluțiunea (condiția rezolutorie), fie cât privește subiectele obligației (solidaritatea, indivizibilitatea) sau obiectul acesteia (caracterul alternativ sau facultativ, în opoziție cu obligațiile conjuncte)²⁰⁴. Or, nici una dintre aceste ipoteze nu are vreo incidență cu reprezentarea. S-a observat apoi că principiul reprezentării implică separarea cauzei de efectele actului; cauza – acțiunea pe care o realizează reprezentantul, iar efectul – dreptul care îl privește pe cel reprezentat. Această disociere face să se înțeleagă că un eventual viciu de consimțământ se va aprecia în persoana reprezentantului. Dincolo de această înțelegere, nu poate avea nici o semnificație separarea cauzei de efecte, pentru calificarea reprezentării ca ficțiune juridică.²⁰⁵

²⁰¹ Măcar din acest motiv, nu poate fi acceptată nici ideea vehiculată cândva în doctrina germană și italiană în sensul că, în cazul reprezentării, voința reprezentantului nu se substituie voinței celui reprezentat, ci, în realitate, aceștia colaborează și tocmai fuziunea voințelor lor se află la originea actului.

²⁰² Pentru repere doctrinare, a se vedea M. Storck, op. cit., nr. 123.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ G. Cornu, Vocabulaire juridique, cit. *supra*, p. 520.

²⁰⁵ G. Wicker, op. cit., nr. 54.

Încercarea de a explica mecanismul reprezentării și de a determina obiectul ficțiunii s-a făcut și dintr-o altă perspectivă, anume pornindu-se de la structura obligației și «în aval» de aceasta. Receptând determinările obligației din dreptul roman și evoluția acestora s-a învederat dublul aspect al obligației: personal și patrimonial.²⁰⁶ În considerarea structurii obligației s-ar putea deci deduce că în procesul perfectării unui act juridic sunt identificabile două elemente: unul obiectiv – acordul părților pentru determinarea conținutului drepturilor și obligațiilor care se vor crea; altul subiectiv – acordul părților pentru a face să se creeze drepturile și obligațiile în patrimoniul lor, al căror conținut a fost determinat. Această «descompunere» a obligației ar permite să se «retranscrie» mecanismul reprezentării: reprezentantul intră într-un raport juridic cu un terț contractant și voințele lor determină obiectiv conținutul obligației; dar, pentru ca această înțelegere să fie perfectă și să-și producă efectele în patrimoniul celui reprezentat, acesta trebuie să-și manifeste voința de a se angaja în raport cu terțul contractant, în unele situații legea sau instanța suplinind însă lipsa de voință eficace a celui reprezentat.

Observațiile critice în marginea acestei teorii au fost pertinente și substanțiale: reprezentarea fiind un mod de acțiune, apare contradictorie încercarea de a-i explica mecanismul prin rezultatele la care s-a ajuns în urma acestei acțiuni, adică în obligație, deși, cum s-a remarcat, rezultatele obținute prin reprezentare nu sunt lipsite de interes pentru a înțelege rolul reprezentantului²⁰⁷; cele două elemente esențiale ale reprezentării sunt voința reprezentantului și abilitarea pe care o are în sensul angajării creditorului sau a debitorului.

Doctrina actuală cu privire la reprezentare are meritul, între altele, de a pune accent și pe conceptul de «drept subiectiv», nu doar pe acela de «act juridic», putându-se elabora următorul polisilogism²⁰⁸: actul juridic își are sursa în exercitarea unui drept

²⁰⁶ Asupra opiniei, a se vedea, de asemenea, G. Wicker, op. cit., nr. 54.

²⁰⁷ *Ibidem*, nr. 55.

²⁰⁸ M. Storck, op. cit., nr. 41.

subiectiv; dreptul subiectiv poate fi descompus în două elemente, care nu se confundă – stăpânirea lui și exercitarea; actul juridic rezultă a fi alcătuit din trei elemente – dreptul subiectiv, exercitarea acestuia și efectele provocate; în principiu, același subiect cumulează calitățile de titular al dreptului exercitat, de autor al actului, și de parte angajată prin act; reprezentarea implică disocierea acestor calități, reprezentatul exercitând dreptul altuia. În esență, așadar, două subiecte sunt implicate în acțiunea reprezentării²⁰⁹: reprezentantul, care este autorul actului; reprezentatul, care este titularul dreptului exercitat și parte angajată prin actul încheiat. Obiectul ficțiunii juridice ar consta tocmai în substituirea voinței unui subiect printr-un alt subiect.

În realitate, reprezentantul este investit cu o „putere de a reprezenta”, iar această putere este incompatibilă cu dreptul subiectiv. Este o „putere delegată”, nu una „proprie”²¹⁰; așadar, reprezentantul nu se substituie voinței celui reprezentat, ci își exprimă propria voință la încheierea unui act juridic, dar, pentru ca aceasta să fie eficace, ea trebuie să corespundă exercitării unui drept subiectiv aparținând celui reprezentat; numai respectând această condiție, cel reprezentat va putea fi angajat prin actele juridice încheiate în numele său și în contul său. Totodată, reprezentantul trebuie să acționeze în interesul celui reprezentat.

În aceste din urmă condiții, ideea ficțiunii în materie de reprezentare trebuie categoric înlăturată. În cazul reprezentării convenționale, reprezentatul transferă reprezentantului ales de el preroga-

²⁰⁹ *Ibidem*, nr. 128.

²¹⁰ Cu privire la controversa privind criteriile distinctive dintre „putere” și „capacitate”, a se vedea: G. Le Calonnec, *Etat et capacité des personnes*, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. V, nr. 226-231; G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Les personnes*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989, nr. 21-27; G. Wicker, op. cit., nr. 60, 61. În esență, două concepții s-au conturat: „puterea” semnifică statutul juridic al bunurilor, implicate prin actele juridice săvârșite, iar „capacitatea” statutul juridic al persoanei; dreptul subiectiv se caracterizează prin autonomie, iar puterea prin heteronomie, căci cel care o exercită se intruzionează în sfera juridică a altuia.

tivele relative la un drept subiectiv, al cărui titular este și pe care l-ar putea exercita liber, cerându-i să le valorizeze în interesul său, interes care poate fi precis determinat; în cazul reprezentării legale, întrucât incapabilul este prezumat ca inapt să-și apere propriile interese, legea însăși — sursă a drepturilor sale subiective — delegea unui terț puterea de a reprezenta interesele incapabilului. În fine, reprezentării legale i se alătură ipoteza când, în caz de urgență, instanța conferă puterea de a gestiona afacerile altuia.²¹¹

Secțiunea a 4-a

Ipotheza ficțiunilor juridice în domeniul retroactivității efectelor juridice

71. Premisele calificării ca ficțiune a retroactivității. În ipoteza retroactivității efectelor juridice, ideea de ficțiune se sprijină pe un paradox cronologic: o situație juridică nouă se substituie uneia anterioare, «ca și cum» acea situație n-ar fi existat vreodată. „În locul unei succesiuni cronologice a două situații, cea de-a doua o absoarbe și suprimă pe prima”.²¹² Cum această inversiune temporală are ca rezultat considerarea ca inexistentă a unei situații care efectiv a existat, tradițional, retroactivitatea a fost rânduită între ficțiunile juridice²¹³, „reportul în trecut al efectelor unui act sau ale unui fapt” fiind pur și simplu un „artificiu”.²¹⁴

²¹¹ G. Wicker, op. cit., nr. 69, împreună cu reperele doctrinare.

²¹² R. Houin, rapport, în vol. „Le problème des fictions en droit civil”, Travaux de l'Association H. Capitant, t. III, Dalloz, Paris, 1948, p. 242.

²¹³ L. Lecocq, De la fiction comme procédé juridique, Rousseau, Paris, 1914, p. 71 și urm.; Fr. Gény, Science et technique en droit privé positif, Sirey, Paris, 1921, t. III, nr. 241. Pentru alte repere doctrinare, a se vedea G. Wicker, Les fictions juridiques, cit. *supra*, nr. 255 și urm.

²¹⁴ G. Cornu, Vocabulaire juridique, cit. *supra*, p. 730 (prin trimitere la termenul «ficțiune»); J. Deprez, Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français, în „Travaux de l'Association H. Capitant”, t. XVII, Dalloz, Paris, 1968, nr. 16; R. Jambu-Merlin, Essai sur la rétroactivité dans les actes

Calificarea astfel a retroactivității are toate aparențele unei judecăți de valoare irepresibile: ordinea temporală și succesiunea de la cauză la efect sunt bulversate. Dar această aparent illogică desfășurare semnifică într-adevăr o ficțiune?

Înainte de a proceda la examinarea câtorva situații am face unele observații de principiu: cum se va putea constata, situația anterioară nu este «absorbită» sau «suprimată» cu totul, «ca și cum» ea n-ar fi existat vreodată, unele dintre efectele acesteia continuând să se manifeste, în ciuda unei noi situații care, implacabil, i se substituie; retroactivitatea a fost sau este considerată ficțiune constituind ca și criteriu ordinea cronologică a faptelor, adică a unei realități «materiale», nu «juridice» — singura însă care poate fi criteriul fictivității; în fine, retroactivitatea efectelor juridice este o instituție juridică proteiformă, funcțiile și efectele ei urmând a fi analizate cel puțin nuanțat, dacă nu chiar diferit, în raport cu situațiile concrete care o determină²¹⁵ sau, altfel zis, calificările globale, generalizatoare, indistinctive pot fi ele însele fictive.

Dar, poate că încă o observație preliminară își are locul: tema retroactivității *ca ficțiune* se mai află în actualitate? Mai este sau nu utilă o discuție în jurul acestei teme? În locul unui răspuns «explicit», considerăm a fi sugestive unele dintre precizările găsite sub cupola unor prestigioși doctrinari.

În materia rezoluțiunii contractului, ar trebui să se distingă între două aspecte ale retroactivității: «retroactivitatea ficțiune», constând în a presupune inexistența unei situații juridice anterioare, «ca și cum» aceasta n-ar fi existat; «retroactivitatea tehnică», constând în aceea că efectele unui act se răsfrâng asupra altuia, anterior lui.²¹⁶

juridiques, în „Revue trimestrielle de droit civil”, 1948, p. 271, *apud* G. Wicker, op. cit., nr. 255.

²¹⁵ G. Wicker, op. cit., nr. 256.

²¹⁶ Pentru repere doctrinare și jurisprudențiale, a se vedea J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, Traité de droit civil. Les effets du contrat, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 3^e éd., E.J.A., 2001, nr. 503-505.

Contiguă rezoluțiunii și, uneori, fiind chiar confundată cu aceasta²¹⁷, se înscrie condiția rezolutorie, care, odată îndeplinită, produce efecte retroactive, putând atrage desființarea retroactivă a contractului – art. 1021 C. civ.²¹⁸, ceea ce, în opinia unor autori, ar justifica considerarea retroactivității ca ficțiune.²¹⁹ Simetric invers la aceeași concluzie s-ar putea ajunge în ipoteza condiției suspensive.²²⁰

Sub aspectul aici discutat, retroactivitatea efectelor derivate din constatarea sau declararea nulității actului juridic n-ar fi de asemenea decât marca unei ficțiuni juridice, întrucât ignoră existența anterioară a actului.²²¹

Asemenea ipoteze, precum și altele comportă însă o analiză mai largă, constând mai ales în verificarea fictivității, analiză rezumată într-o întrebare pleonastică sau contradictorie: ficțiunea este numai «aparentă» sau ea este o «adevărată» ficțiune? Ar urma însă să se distingă între situația când formarea actului este instantanee și el își proiectează efectele și anterior formării și situația când perfectarea actului este subordonată unei condiții și efectele lui se răsfrâng numai anterior perfectării.

²¹⁷ Fără a reglementa direct rezoluțiunea, art. 1020 C. civ. arată că, în contractele sinalagmatice, „condiția rezolutorie este subînțeleasă totdeauna”; pentru cazul când „una din părți nu îndeplinește angajamentul său”.

²¹⁸ Textul art. 1183 alin. (1) *in fine* din Codul civil francez este mai aproape de ideea ficțiunii: îndeplinirea condiției rezolutorii „repune lucrurile în aceeași stare ca și cum obligația n-ar fi existat” [s.n.].

²¹⁹ R. Houin, op. cit., p. 248; J. Schmidt-Szalewski, Les fictions en droit privé, în „Archives de philosophie du droit”, t. XX, Sirey, 1975, p. 273; A. Beaubert-Bousiges, Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat, Poitiers, 1982, p. 35 și urm. și p. 208 și urm.

²²⁰ În sensul unei asemenea posibile interpretări, a se vedea Y.B.-Lanore, Condition, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. III, nr. 121.

²²¹ J. Schmidt-Szalewski, op. cit., nr. 15; R. Houin, op. cit., p. 248; E. Gaudemet, Théorie générale des obligations, par H. Desbois et J. Gaudemet, Paris, Sirey, 1965, p. 418; A. Beaubert-Bousiges, op. cit., p. 207; C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, Paris I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, p. 224 și urm.

Să examinăm însă câteva dintre ipotezele considerate ca ficționale: actele constitutive și actele declarative; partajul; condiția; nulitatea; rezoluțiunea.

72. Actele constitutive și actele declarative. La un prim nivel de aproximare se poate spune că ambele aceste categorii de acte juridice, creând o situație juridică, își proiectează efectele retroactiv: cele «constitutive» – cum sugerează termenul – prin stabilirea unui drept nou sau a unei noi situații juridice; cele «declarative» – cum de asemenea sugerează termenul – prin «declararea» sau consolidarea unui drept preexistent sau a unei situații juridice anterioare.

Adeseori sunt invocate în acest sens hotărârile judecătorești, care pot fi «constitutive» sau «declarative».

Dar această dihotomie în cele două categorii de hotărâri, propusă cândva de Merlin, acum un secol, nu mai este acreditată. Într-adevăr, interferența între aspectele «constitutive» și cele «declarative» în cuprinsul aceleiași hotărâri sunt patente; orice hotărâre, chiar constitutivă, presupune verificarea unei situații preexistente și conformitatea acesteia cu dispozițiile legale; efectul creator al hotărârilor nu este specific și exclusiv hotărârilor constitutive.²²² De altminteri, adeseori este dificil de încadrat o anume hotărâre în una dintre cele două categorii (de exemplu, hotărârea prin care se anulează un act juridic sau hotărârea prin care se acordă daune-interese)²²³.

Totuși, pentru a încerca să explicăm ceea ce trebuie explicat – non-fictivitatea retroactivității – admitem această *summa divisio* a hotărârilor judecătorești.²²⁴

²²² A se vedea: D. Tomasin, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, nr. 50; J. Duclos, L'opposabilité. (Essai d'une théorie générale), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1984, nr. 118.

²²³ A se vedea, de asemenea, C. Bléry, L'efficacité substantielle des jugements civils, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, îndeosebi nr. 498, nr. 18-527 și nr. 538-540.

²²⁴ Clasificarea în cele două categorii de hotărâri a fost și este profesată mai ales în materia autorității lucrului judecat: G. Marty, P. Raynaud,

În principiu, actul «constitutiv» – tocmai pentru că el creează o nouă situație juridică – produce efecte *ex nunc*. Uneori însă efectele unui asemenea act operează și *ex tunc*. De exemplu, în ipoteza disoluției căsătoriei, prin constatarea sau declararea judecătorească a nulității acesteia, efectele derivând din desființarea căsătoriei se produc atât *ex nunc*, cât și *ex tunc*. Este însă locul să precizăm că noua situație nu se substituie cu totul celei anterioare sau, altfel zis, împrumutând o subtilă și frumos formulată observație, „elanul destructiv al nulității este temperat sau chiar zădărnicit”²²⁵, atât sub aspect subiectiv, cât și sub aspect obiectiv.

Actul «declarativ», sprijinindu-se pe o situație preexistentă emiterii sau pronunțării lui, în mod «natural» sau logic își produce efectele în trecut. Bunăoară, în cazul recunoașterii voluntare a copilului născut în afara căsătoriei sau în cazul declarării judecătorești a paternității acestui copil. Este însă iarăși locul să precizăm că, cel puțin unele acte declarative, produc și efecte constitutive în viitor, așa încât, cum s-a spus, diferența între actele constitutive și cele declarative este mai puțin una de natură, cât mai ales una de grad, ambele categorii de efecte – *ex nunc* și *ex tunc* – fiind identificabile în una și aceeași sursă, dar în proporții variabile, de la caz la caz. De exemplu, în cazul prescripției achizitive a proprietății imobiliare: ca mod de dobândire a proprietății, aceasta își produce efectele *ex nunc*; totuși, uzucapiunea operează și retroactiv, considerându-l pe posesor ca fiind proprietar încă din ziua intrării în posesie.²²⁶

Traité de droit civil. Introduction générale à l'étude de droit, Paris, Sirey, 172, nr. 194; J. Vincent, S. Guinchard, Procédure civile, 23^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1994, nr. 192, 193; J. Héron, Droit judiciaire privé, 2^e éd., par Thierry Le Bars, Montchrestien, 2002, nr. 238.

²²⁵ E. Florian, Dreptul familiei, Ed. „Limes”, Cluj-Napoca, 2003, p. 65 și urm.

²²⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, Les biens. La publicité foncière, 5^e éd., Éditions Cujas, 2002, nr. 564. Retroactivitatea prescripției achizitive a fost considerată o ficțiune juridică. În acest sens, a se vedea H.L.J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, t. II, vol. 2, 8^e éd., Montchrestien, Paris, 1994, nr. 1509.

În ambele situații – acte constitutive și acte declarative – problema care stăruie este aceea de a ști dacă retroactivitatea efectelor juridice semnifică o ficțiune juridică. Ne alăturăm opiniei în sensul căreia răspunsul este negativ, căci, în realitate, este vorba de cu totul altceva, anume de relativitatea și opozabilitatea efectelor juridice²²⁷, retroactivitatea fiind doar „descriptivă”.²²⁸ Pentru a fi în prezența unui veritabil efect retroactiv, în sensul tehnic al termenului, ar trebui ca actul să fie opozabil terților de la o dată anterioară emiterii sau pronunțării lui.

73. Partajul. Spre deosebire de alte legislații – bunăoară, cea germană sau cea elvețiană – care consacră concepția partajului – act translativ, concepție incompatibilă cu ideea retroactivității, art. 786 C. civ. consacră partajul ca act declarativ: „Fiecare coerede este *prezumat* că a moștenit singur și imediat toate bunurile care compun partea sa sau care i-au căzut prin licitație și că n-a fost niciodată proprietar pe celelalte bunuri ale succesiunii” [s.n.]²²⁹. Așadar, contrar concepției clasice cu privire la natura translativă a

²²⁷ G. Wicker, op. cit., nr. 261 și urm. A se vedea, de asemenea, I. Deleanu, Părțile și terții. Relativitatea și opozabilitatea efectelor juridice, Ed. „Rosetti”, București, 2002, nr. 64 și urm.

²²⁸ În materie contractuală, concluzia este evidentă: J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, Traité de droit civil. Les effets du contrat, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 3^e éd., 2001, îndeosebi nr. 163, 164.

²²⁹ Textul art. 786 C. civ. – ca și cel francez, cuprins la art. 883 alin. (1) C. civ. – vizează partajul succesoral, dar concluziile pot fi extinse și la partajul indiviziunilor nesuccesorale. S-ar părea că textul adus în atenție consacră o «prezumție» și, judecând astfel, ideea de ficțiune – care nu se sprijină pe un coeficient de probabilitate – ar trebui dintr-un început respinsă. Observăm că în proiectul Codului civil, art. 525 și urm. ar urma să reglementeze „împărțeala”, iar art. 874 și urm. „partajul succesoral”. Potrivit art. 536, în materie de împărțeală, fiecare proprietar devine proprietarul exclusiv al bunurilor „numai cu începere de la data împărțelii”; potrivit art. 896, în materie de partaj succesoral, dreptul de proprietate exclusivă se consideră a fi născut de la „data deschiderii succesiunii” și că succesorul „nu a fost niciodată proprietar pe celelalte bunuri succesoriale”.

partajului, având ca și consecință schimbul de părți indivize, fiecare copartajant dobândind și înstrăinând în același timp și astfel punându-se capăt indiviziunii fără retroactivitate²³⁰, s-a acreditat ideea – pe temeiul dispozițiilor legale – unei „ficțiuni”²³¹, suprimându-se retroactiv perioada indiviziunii, din motive de utilitate practică și pentru a menține egalitatea între copartajanți.

Dar este oare o ficțiune-regulă de drept?²³² Efectul declarativ al partajului nu e o ficțiune, ci o realitate decurgând din natura proprie partajului.

Totuși, s-a considerat că nu trebuie să se ajungă până acolo încât regulii efectului declarativ al partajului să i se nege orice fictivitate: „ficțiunea intervine cel puțin pentru a conferi partajului efect retroactiv”.²³³

Recursul la ficțiune – spunea L. Boyer – nu este decât *ultima ratio* a interpretului, nimic altceva decât mărturisirea incapacității sau procurarea unei soluții facile. Oricum, în privința partajului, ficțiunea retroactivității este inadmisibilă: implicit, astfel se recunoaște efectul translativ al partajului; nulitatea actului îndeplinit

²³⁰ Ideea naturii mixte a partajului – declarativ și translativ – inspirată de reglementarea germană și de cea elvețiană are substanțiale avantaje și ea a fost susținută de o parte a doctrinei franceze (a se vedea: A. Breton, Partage, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VIII, nr. 913, 914). Modificările aduse art. 883 din Codul civil francez n-au pus însă în discuție natura declarativă a partajului.

²³¹ G. Baudry-Lacantinerie, A. Wahl, Traité théorique et pratique de droit civil. Des successions, vol. 3, 3^e éd., Sirey, 1905, nr. 3270; A. Colin, H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. III, 10^e éd., par L. Julliot de la Morandière, 1950, nr. 1146.

²³² Pentru o largă și minuțioasă analiză a evoluției doctrinei franceze în această problemă, a se vedea L. Boyer, La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 372 și urm.

²³³ M. Planiol, G. Ripert, Traité pratique de droit civil français. Succession, t. IV, par J. Maury, H. Vialleton, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1956, nr. 639; A. Breton, op. cit., nr. 919, împreună cu celelalte repere doctrinare; D. Chirică, Drept civil. Succesiuni și testamente, Ed. „Rosetti”, București, 2003, nr. 728, 729.

numai de către unul dintre coindivizari își are fundamentul nu în retroactivitate, ci în lipsa de putere a autorului actului.²³⁴

Trebuie deci disociate două noțiuni: «declarativitatea» și «retroactivitatea».²³⁵ Actul declarativ nu are un rol exclusiv static, el nu este orientat numai spre trecut, ci și spre viitor, modificând el însuși ordinea juridică anterioară. Drepturile care constituie elemente ale noii situații juridice nu sunt exercitate în considerarea actului declarativ, ci în considerarea titlului anterior actului. Funcția actului declarativ nu este o «funcție revelatoare», ci o «funcție protectoare». Actul declarativ creează o situație juridică nouă, dar nu creează un nou raport juridic; în acest sens putându-se vorbi de «caracterul negativ» al unui asemenea act.

La decesul lui *de cuius*, succesorii nu au un drept asupra unei cote-părți din fiecare dintre bunurile indivize; asupra acestor bunuri individual considerate ei nu au decât un drept indeterminat. Totuși, acest drept există de la origine, el avându-și sursa în însăși transmiterea succesorală; iar partajul nu face decât să-l fixeze și să-l determine. Retroactivitatea privește actele făcute în trecut de indivizari.²³⁶

Atunci când un indivizar acționează singur, îndeplinind un act de administrare sau de dispoziție cu privire la un bun indiviz, actul său se întemeiază pe un drept eventual. Actul nu are ca obiect lucrul altuia și el poate fi perfect valabil, dar eficacitatea lui este subordonată partajului, care va determina realizarea sau nerealizarea dreptului eventual. Până la acest eveniment, actul este afectat de un *alea*, apropiindu-l astfel de actul condiționat. Declarativitatea este imanentă partajului, retroactivitatea nu este inerentă acestuia²³⁷ sau ea este aleatorie.

²³⁴ L. Boyer, op. cit., p. 402.

²³⁵ *Ibidem*, p. 360-365.

²³⁶ J. Deprez, op. cit., nr. 110; G. Wicker, op. cit., nr. 269; D. Chirică, op. cit., nr. 729.

²³⁷ Există acte declarative care nu retroactivează. Tranzacția este un astfel de act. Ea nu are nici caracter translativ, nici cognitiv, ci, pur și simplu, prin voința părților, are un efect extintiv. Pe larg L. Boyer, op. cit., p. 328-353.

74. Condiția. În contextul retroactivității și al naturii acesteia, câteva texte legale cu privire la condiție – ca modalitate a actului juridic – trebuie constituite ca repere: „Obligația este condițională când perfectarea ei depinde de un eveniment viitor și necert” – art. 1004 C. civ.; „Obligația, sub condiție suspensivă, este aceea care depinde de un eveniment viitor și necert. Obligația condiționată nu se perfectează decât după îndeplinirea evenimentului” – art. 1017 C. civ.; „Condiția rezolutorie este aceea care supune desființarea obligației la un eveniment viitor și necert. Ea nu suspendă executarea obligației, ci numai obligă pe creditor a restitui aceea ce a primit, în caz de îndeplinire a evenimentului prevăzut prin condiție” – art. 1019 C. civ.; „Condiția rezolutorie est subînțeleasă totdeauna în contractele sinalagmatice, în caz când una din părți nu îndeplinește angajamentul său” – art. 1020 C. civ.; dar, în acest caz, precizează art. 1021 C. civ., „contractul nu este desființat de drept”.

Pentru ipoteza ambelor categorii de condiții – suspensivă și rezolutorie – art. 1015 C. civ. face o precizare care interesează cu înțâietate: „Condiția îndeplinită are efect din ziua în care angajamentul s-a contractat. Dacă creditorul a murit înaintea îndeplinirii condiției, *drepturile sale trec erezilor săi*” [s.n.]. În fine, art. 1016 C. civ. mai adaugă că „creditorul poate, înaintea îndeplinirii condiției, *să exercite toate actele conservatoare dreptului său*” [s.n.].

Din economia reglementărilor în materie, două principii au fost postulate: a) *Condiția afectează însăși existența actului juridic civil*, adică nașterea ori desființarea lui; b) Condiția își produce efectele retroactiv – *ex tunc*²³⁸. Interesează desigur acest al doilea principiu: *retroactivitatea*²³⁹. Care poate fi explicația acestei retroactivități²⁴⁰?

²³⁸ Gh. Beleiu, Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil, ed. a VIII-a, revăzută și adăugită de M. Nicolae, P. Trușcă, Ed. „Universul Juridic”, București, 2003.

²³⁹ Nu este un principiu de ordine publică, așa încât părțile pot conveni să-l înlăture, să-i diminueze sau să-i amplifice consecințele.

²⁴⁰ Unele legislații au înlăturat retroactivitatea (art. 158 din Codul civil german, art. 151-154 din Codul elvețian al obligațiilor). Articolul 1146

Cât privește *condiția suspensivă*, din cuprinsul art. 1004 C. civ. – corespunzător art. 1168 din Codul civil francez – s-ar putea deduce că *pendente conditione* obligația nu există²⁴¹ și, corelativ inexistenței obligației, nu se poate vorbi nici de un drept al creditorului, ci doar, cel mult, cum spunea Pothier, de o „simplă speranță”.

Două observații sunt poate îndreptățite. În primul rând, art. 1004 C. civ. – spre deosebire de textul francez – nu evocă inexistența obligației condiționale, arătând însă că obligația condițională „*nu se perfectează*” decât după îndeplinirea evenimentului. Ni se pare că din textura acestei formulări se poate deduce că obligația există, dar ea nu este „perfectă”, iar unei asemenea obligații i-ar putea corespunde un „drept imperfect”. În al doilea rând, indubitabil creditorul unei astfel de obligații are totuși unele prerogative: în sensul celor prevăzute de art. 1016 C. civ., creditorul poate să „*exercite toate actele conservatoare dreptului său*” [s.n.]; el își poate ceda dreptul, bineînțeles ca drept condițional. Să mai adăugăm și constatarea, pe temeiul art. 1015 teza a II-a C. civ., că, atunci când creditorul decedează înaintea îndeplinirii condiției „*drepturile sale trec erezilor săi*” [s.n.]²⁴². Așadar, însăși legea,

din proiectul Codului civil ar urma să păstreze efectul retroactiv al condiției, sub titlul unei prezumții: „Condiția îndeplinită este prezumată a produce efecte retroactive, din momentul încheierii contractului, dacă din voința părților, natura contractului ori dispozițiile legale nu rezultă contrariul”.

²⁴¹ În acest sens, bunăoară: E. Gaudemet, Théorie générale des obligations, par H. Desbois, J. Gaudemet, Paris, Sirey, 1965, p. 425; G. Ripert, J. Boulanger, Traité élémentaire de droit civil d'après le traité de M. Planiol, t. II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, nr. 1342; G. Marty, P. Raynaud, Traité de droit civil. Les sûretés. La publicité foncière, t. II, 2^e éd., par P. Jestaz, Sirey, 1987, nr. 78; J. Carbonnier, Droit civil, t. IV, Les obligations, 16^e éd., Presses Universitaires de France, Thémis, 1992, nr. 136; C. Larroumet, Droit civil, t. III, Les obligations. Les contrats, 2^e éd., Paris, Economica, 1990, nr. 312; Y. Buffélan-Lanore, Condition, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. III, nr. 85.

²⁴² Să mai consemnăm că, potrivit art. 31 din Legea nr. 7/1996 (abrogată prin Legea nr. 274/2005), se poate proceda la înscrierea provizorie în cartea funciară a „*dreptului afectat de o condiție suspensivă*”, iar potrivit

chiar în contextul condiției suspensive, a acreditat conceptul de „drept” al creditorului, pe care debitorul trebuie să-l respecte, căci, altfel, el împiedicând îndeplinirea condiției, aceasta este prezumată ca îndeplinită – art. 1014 C. civ. Existând însă un drept al creditorului, corespunzător acestui drept, inevitabil, există și o obligație a debitorului²⁴³, imperfectă desigur.

Chiar dacă – așa cum s-a considerat în unele opinii – ar fi vorba numai de un „drept eventual”²⁴⁴ sau – cum s-a considerat în alte

art. 32 din aceeași lege, înscrierea provizorie devine opozabilă terților cu rangul determinat de cererea de înscriere, sub condiție și în măsura justificării ei (pentru argumente în favoarea soluției, a se vedea *M. Nicolae*, Publicitatea imobiliară și noile cărți funciare, Ed. Press Mihaela S.R.L., București, 2000, p. 345-349). Obligația condițională poate fi garantată prin gaj și ipotecă, acestea fiind însă – la rândul lor – condiționale (art. 1770 C. civ.). Dar constituirea unei garanții reale pentru executarea unei obligații condiționale nu atestă oare «existența» acelei obligații – sub condiția, desigur – și corelativ, existența dreptului? Creditorul va putea face un act întrerupător de prescripție, dar astfel procedând el își conservă posibilitatea valorizării dreptului, atunci când acesta va fi eliberat de «povara» condiției suspensive. O creanță corespunzătoare unei obligații condiționale este admisă cu caracter provizoriu la masa credală, dar va participa la distribuire numai în măsura admisă prin dispozițiile art. 121-129 din Legea nr. 64/1995 (în forma republicată în „Monitorul Oficial al României”, nr. 1066 din 17 noiembrie 2004, cu modificările aduse prin Legea nr. 249/2005). Creditorul nu are însă la îndemână nici acțiunea oblică, nici acțiunea pauliană, acestea depășind sfera actelor conservatoare.

²⁴³ Unele dintre precizările doctrinei menționate ni se par paradoxale: „obligația nu există”, dar există un „germene de drept”.

²⁴⁴ În opinia lui *N. Titulescu* (Eseu despre o teorie generală a drepturilor eventuale, Fundația Europeană „Titulescu”, Craiova, 2002, *passim*), alături de termen și de condiție, mai există o a treia modalitate a actelor juridice: *eventualitatea*. „Între neantul juridic și drepturile pure și simple există două zone intermediare: aceea în care *dreptul nu-și vede realizate decât unele dintre elementele necesare constituirii sale*, aceasta este zona *drepturilor eventuale*; aceea în care *dreptul, perfect în ceea ce privește constituirea*, depinde de un eveniment exterior, aceasta este zona *drepturilor condiționale*” [s.n.] (op. cit., nr. 6, p. 18).

opinii – numai de un „germene de drept”, consecințele legale ce derivă dintr-o asemenea situație nu evocă „inexistența dreptului”, ci, dimpotrivă, existența acestuia, dar într-o formă imperfectă. Așa fiind, înclinăm spre opinia – mai recentă și mai aproape de adevăr – că diversele consecințe identificabile chiar în ipoteza obligațiilor condiționale nu decurg din ficțiunea retroactivității, ci din existența *medio tempore* a unui germene de drept.²⁴⁵ Existența unui drept în stare germinală poate explica, *pendente conditione*, transmiterea acestuia pentru cauză de moarte, precum și natura imediată a transmiterii succesoriale.

Analiza dualistă a obligației – profesată în doctrina juridică germană și, parțial, în doctrina juridică franceză și în cea elvețiană – în sensul căreia obligația constă din două raporturi juridice, dar complementare, unul în temeiul căruia debitorul are datoria de a

²⁴⁵ Chiar unii dintre doctrinarii care au acreditat ideea că obligația suspendată printr-o condiție n-are „existență” și-au nuanțat opinia, atribuind termenului „existență” accepțiuni diferite: ar fi vorba de „existență definitivă a obligației”, nu de „nașterea ei”; *ab initio*, obligația condițională există în stare imperfectă și ea este opozabilă; obligația este constituită, dar ea nu este încă eficace sau deplin eficace (pe larg, a se vedea *G. Wicker*, op. cit., nr. 270 și urm.). Distingându-se între o creanță pur eventuală sau viitoare și o creanță condițională se preciza că primeia „îi lipsește un element constitutiv”, pe când a doua nu este afectată decât de o modalitate, dar o condiție nu poate fi niciodată asimilată elementelor legalmente cerute pentru însăși formarea actului, din care a rezultat creanța. Creanța condițională este susceptibilă de transmitere (*M. Billiau*, La transmission des créances et des dettes, Librairie générale de droit et jurisprudence, 2002, nr. 23; *Fr. Terrée*, *Ph. Simler*, *Y. Lequette*, Droit civil. Les obligations, 7^e éd., Dalloz, 1999, nr. 1181; *B. Stark*, *H. Roland*, *L. Boyer*, Les obligations, vol. 3, „Régime générale”, 6^e éd., 1999, nr. 21; *J. François*, Les obligations, régime générale, Economica, 2000, nr. 350). Relativ recent s-a spus, de asemenea, că *pendente conditione* obligația nu e exigibilă, creditorul fiind titularul unui „drept condițional”. „Acest drept este o realitate: el este susceptibil de operațiuni juridice (...)”; deși acest „drept condițional nu poate fi exercitat concret, el există totuși în principiul său” (*Ph. Delebecque*, *Fr.-Jérôme Pansier*, Droit des obligations. Régime générale, 2^e éd., Litec, 2002, nr. 130).

îndeplini prestația sau abstențiunea la care s-a îndatorat, iar creditorul are dreptul de a primi prestația sau abstențiunea ce i se cuvine, altul în temeiul căruia creditorul îl poate constrânge pe debitor, în caz de neexecutare, la executarea forțată a prestației sau la abținerea datorată²⁴⁶, ar rezolva implicit și disputa în jurul temei retroactivității. Sub aspect «pasiv», există un raport de obligație opozabil terților și în temeiul căruia debitorul are obligația de abstențiune; sub aspect «activ», raportului obligatoriu îi corespunde dreptul la plată. Anterior perfectării obligației, raportul obligațional poate avea, temporar, o existență separată, independentă de raportul obligatoriu.

Dintr-o asemenea perspectivă, evenimentul condițional este valorizat el însuși ca element cauzal necesar pentru eficacitatea actului. S-ar realiza astfel inserția unei condiții în domeniul cauzei actului juridic, existând însă și pericolul confundării lor. Deși – cum s-a spus – în mod cert, „nu există nici o diferență de natură între cele două concepte”, de «cauză» și «condiție»²⁴⁷, ele trebuie totuși deosebite²⁴⁸: cauza este scopul final; condiția privește mijloacele sau modalitățile în lipsa cărora scopul nu poate fi atins²⁴⁹. Trebuie recunoscut – spunea de asemenea un alt prestigios doctrinar francez – că „distincția între cauză și condiție are mai ales o dimensiune teoretică”; dar, teoria condiției permite persoanei întregirea protecției sale pe care i-o asigură deja, în parte, teoria cauzei,

²⁴⁶ Doctrina noastră a fost însă reticentă față de analiza dualistă a obligației, considerând că al doilea raport juridic – constrângerea – este în realitate doar un element structural al obligației, și anume sancțiunea (I. Albu, *Drept civil. Introducere în studiul obligațiilor*, Ed. „Dacia”, Cluj-Napoca, 1984, p. 27; I. Dogaru, P. Drăghici, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 5, 6).

²⁴⁷ P. Simler, *La nulté partielle des actes juridique*, Strasbourg, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, nr. 289.

²⁴⁸ *Ibidem*, nr. 270-272, 284-290.

²⁴⁹ *Ibidem*, nr. 270. În același sens J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, nr. 62.

condiția concurând la determinarea motivelor cărora le va fi atașat un rol cauzal.²⁵⁰

Noțiunea de «cauză» ar permite însă, în opinia unui autor, nu numai dezlegarea sau soluționarea problemei ficțiunilor juridice implicate sub semnul retroactivității în procesul perfectării și al executării obligațiilor contractuale, dar și în situațiile de „veritabile retroactivități derivate din nulitate și rezoluțiune”, în măsura în care acestea provoacă distrugerea efectelor unui act juridic și restabilirea situației anterioare, „ca și cum” acel act n-ar fi existat vreodată.²⁵¹

În ambele ipoteze, *retroactivitatea* îndeplinește o dublă funcție²⁵²: ea asigură în primul rând desființarea situației creată prin contractul anulat sau rezoluționat, restabilind starea de drept anterioară sau privând de orice fundament efectele din trecut ale actului; dacă, în totul sau în parte, contractul a fost executat, desființarea efectelor acestuia implică, în al doilea rând, determinarea întinderii restituirilor – consecutive anulării sau rezoluțiunii – așa încât, sub acest aspect, retroactivitatea nu este decât un „procedeu lichidativ”, străină cu totul de orice idee de ficțiune.²⁵³ Altfel spus, anularea și rezoluțiunea, pe de o parte, și obligațiile de restituire, pe de altă parte, se situează pe planuri distincte, întrucât ele diferă prin fundamentul și prin obiectul lor²⁵⁴: primele se fundamentează pe circumstanțe care privesc formarea și executarea contractului și au ca obiect distrugerea situației de drept creată anterior; secunde sunt fondate pe caracterul ilegal al executării contractului ale cărui efecte au fost desființate și au ca obiect restabilirea unui just echilibru între părți, rezolvând o situație de fapt. Este implicată aici ideea de *cauză*, reevaluată însă și redimensionată: neexecutarea

²⁵⁰ L. Boyer, op. cit., p. 225, 226.

²⁵¹ G. Wicker, op. cit., nr. 295 și urm. A se vedea și *infra*, nr. 75, 76.

²⁵² C. Guelfucci-Thibierge, *Nulité, restitutions et responsabilité*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, nr. 739.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris, Economica, 1983, nr. 158; C. Guelfucci-Thibierge, op. cit., nr. 740.

obligățiilor unei părți lipsește de cauză obligațiile celeilalte părți.²⁵⁵ Cum preciza reputatul civilist, „nu este vorba în această afirmație de noțiunea tehnică a cauzei de pe terenul formării contractului, absența acestei cauze fiind un motiv de nulitate a contractului, ci de cauză înțeleasă că manifestare a ideii de scop, pe terenul executării contractului; în acest înțeles, absența cauzei justifică efectele specifice ale contractelor sinalagmatice: excepția de neexecutare (*exceptio non adimpleti contractus*), riscul contractului, rezoluțiunea și rezilierea”.²⁵⁶ Pe scurt, se exprimă astfel *ambivalența cauzei* sau, în fine, interdependența obligațiilor născute din contractele sinalagmatice, care este nu numai „genitivă” (în momentul formării voinței contractuale), ci și „funcțională” (pe toată durata executării contractului).²⁵⁷

75. Nulitatea. În principiu și în lipsa unei definiții legale a nulității, aceasta este sancțiunea care poate interveni atunci când actul originar a fost făcut fără respectarea condițiilor de validitate a acestuia sau, într-o altă formulare – și pentru considerentele arătate în motivarea formulării – nulitatea este sancțiunea de drept civil care lipsește actul juridic de efectele contrarii normelor juridice edictate pentru încheierea sa valabilă.²⁵⁸ Ea nu exclude însă posibilitatea altor sancțiuni (bunăoară, daunele-interese sau răspunderea penală). Sancțiunea nulității are un caracter disuasiv. Ea este o sancțiune cu incontestabile elemente de specificitate în raport cu altele, precum inopozabilitatea, rezoluțiunea, caducitatea, resciziunea.²⁵⁹

²⁵⁵ A se vedea substanțiala lucrare monografică sub semnătura lui V. Stoica, *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile*, Ed. ALL, București, 1997, nr. 10, îndeosebi p. 23.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ L.-J. Constantinesco, *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, Rousseau & Cie Éditeurs, Paris, p. 78-81, *apud* V. Stoica, op. cit., nr. 10, p. 23, nota de sub nr. 2.

²⁵⁸ A se vedea Gh. Beleiu, op. cit., ed. a VIII-a, p. 213, 214.

²⁵⁹ Pe larg, a se vedea Y. Picol, *Nullité*, în „*Répertoire de droit civil*”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. VII, nr. 8 și urm.

Spre deosebire, bunăoară, de rezoluțiune – care afectează actul juridic în considerarea unor circumstanțe ulterioare încheierii lui –, nulitatea sancționează o iregularitate săvârșită la epoca formării actului juridic, așa încât, în doctrina clasică, s-a concluzionat în sensul că nulitatea ar fi „totală” și „iremediabilă” – *quod nulum est, nullum producit effectum*.²⁶⁰

Ceea ce, în context, interesează îndeosebi este faptul că, întrucat nulitatea există *ab initio*, actul sancționat nu numai că nu produce efecte *ex nunc*, dar, în principiu, nulitatea desființează și efectele produse *ex tunc*, operând deci retroactiv, făcând astfel loc – cum s-a considerat – unei „ficțiuni juridice”.²⁶¹ Retroactivitatea ar fi marca unei ficțiuni juridice, pentru că ea ignoră existența anterioară a actului.²⁶²

Dar simplul fapt că actul comportă un viciu contemporan formării lui este suficient pentru a respinge ideea de ficțiune derivând din retroactivitatea nulității.²⁶³

Să observăm însă, pentru o mai bună înțelegere, ce cuprinde și ce nu cuprinde retroactivitatea în cazul nulității actului juridic.

Procedând la circumscrierea efectelor retroactivității doar în timp, urmare a nulității actului juridic, acesta este lipsit de eficacitate juridică pentru viitor și, în principiu, sunt înlăturate efectele produse în trecut. Dacă actul a făcut deja obiectul unei executări parțiale sau totale, se va reveni la *statu quo ante*, părțile restituindu-și reciproc prestațiile făcute, spunându-se – în unele opinii – că

²⁶⁰ Pentru unele observații, a se vedea I. Deleanu, S. Deleanu, Mică enciclopedie a dreptului. Adagii și locuțiuni latine în dreptul românesc, Ed. „Dacia”, Cluj-Napoca, 2000, p. 334, 335.

²⁶¹ J. Schmidt-Szalewski, op. cit., nr. 15; R. Houin, op. cit., p. 248; E. Gaudemet, op. cit., p. 61; C. Gueffucci-Thibierge, op. cit., p. 224 și urm.

²⁶² C. Gueffucci-Thibierge, op. cit., p. 226. Articolul 970 din proiectul Codului civil ar urma să prevadă: „Contractul lovit de nulitate este considerat a nu fi existat niciodată. Fiecare dintre părți este, în acest caz, ținută să restituie cocontractantului prestațiile pe care le-a primit de la acesta”. Din cuprinsul reglementărilor ce urmează în proiect, consecințele nulității nu mai apar atât de drastice.

²⁶³ G. Wicker, op. cit., nr. 299 *in fine*.

astfel s-ar crea imaginea unui „contract sinalagmatic răsturnat” sau a unei „contra-convenții”.

Această consecință nu este constitutivă de ficțiune juridică²⁶⁴, întrucât, cum s-a mai precizat, actul juridic fiind *ab initio* lipsit de eficacitate, înseamnă că, încă de la epoca formării lui, nu a existat temeiul legal pentru prestațiile făcute.

În aceste condiții, s-ar putea însă spune că ficțiunea juridică privește excepțiile de la principiul retroactivității. Astfel de excepții pot avea ca suport, după caz: a) natura contractului, care a determinat consecințe ireversibile, făcând imposibilă restituirea reciprocă a prestațiilor; b) incapacitatea părții contractante și care, potrivit art. 1164 C. civ., va fi ținută să restituie prestațiile primite numai în măsura îmbogățirii²⁶⁵; c) aplicarea principiului *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*²⁶⁶ (numai că, astfel, rezultă și unele consecințe paradoxale, constând în bulversarea efectelor normale ale nulității; consacrarea unei injustiții, întrucât una dintre părțile convenției conservă beneficiul prestației realizate, îmbogățindu-se fără justă cauză; validarea implicită a unui contract care, altfel, ar fi indiscutabil repudiabil); d) aplicarea principiului bunei-credințe, dobânditorul fructelor culese anterior anulării putându-le păstra, căci, cum s-a spus, el le-a putut și consuma (*lautius vixit non est locupletior*). Să mai adăugăm că, potrivit art. 58 alin. (1) din Legea nr. 31/1990, pe data la care hotărârea judecătorească de

²⁶⁴ În sensul că revenirea la un *statu quo ante* semnifică ficțiunea retroactivității: C. Guelfucci-Thibierge, op. cit., nr. 725 și urm.; Y. Picod, op. cit., nr. 79.

²⁶⁵ Soluția nu este lipsită de inconveniente, incapabilul fiind astfel incitat să atace actul când și-a disipat profitul (Fr. Terré, P. Simler, Y. Lequette, op. cit., 5^e ed., 1993, nr. 402).

²⁶⁶ A se vedea I. Deleanu, S. Deleanu, Mică enciclopedie a dreptului, cit. *supra*, p. 227. Acest principiu nu împiedică partea să invoce nulitatea actului juridic, ci numai să obțină repetițiunea prestațiilor. Pentru observații cu privire la adagiile *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* și *in pari causa turpitudinis, cessat repetitio*, a se vedea J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique, Armand Colin, 2000, îndeosebi nr. 371.

declarare a nulității societății comerciale a devenit irevocabilă, „societatea încetează fără efect retroactiv” și intră în lichidare.

Sunt asemenea excepții de la principiul retroactivității și al repunerii în situația anterioară constitutive de ficțiuni juridice? S-ar părea că da. «Realitatea juridică» – criteriu de referință al ficțiunii – este inexistența unui act juridic *valabil*²⁶⁷, în măsură să poată fi constituit ca sursă a efectelor juridice; și totuși, asemenea efecte persistă.

Aserțiunea rămâne însă discutabilă.

Concepția tradițională, potrivit căreia *quod nullum est, nullum producit effectum*, adică un act lovit de nulitate nu produce nici un efect, nulitatea fiind totală și iremediabilă, a fost abandonată, în favoarea tezei proporționalizării efectelor nulității în raport cu finalitatea legii, înlăturându-se numai acele efecte care contravin legii și păstrându-se celelalte efecte ale actului juridic.²⁶⁸

Limitele retroactivității sunt obstacole legale, derivate din aplicarea regulilor generale ale dreptului, preeminente în raport cu principiul retroactivității (conservarea securității juridice, protecția intereselor uneia dintre părți, valorizarea bunei-credințe în raporturile juridice etc.). Dacă legea conferă actului juridic forță obligatorie, nu există nici o imposibilitate logică să se recunoască tot legii puterea de a ameliora sancțiunea nulității actului, menținând unele dintre consecințele rezultate din situația de fapt creată de actul nul, asemănător aparenței.²⁶⁹

76. Rezoluțiunea. Aceasta, provocând ca și nulitatea efecte retroactive, a fost uneori, de asemenea, analizată sub semnul ficțiunilor juridice.²⁷⁰ Cu atât mai mult cu cât «desființarea» efectelor

²⁶⁷ Firește, nu trebuie să se confunde nulitatea actului juridic cu «inexistența» acestuia, desemnând situația când actului îi lipsește nu un element «legal», ci unul «de fapt» (în special, obiectul).

²⁶⁸ Gh. Beleiu, op. cit., p. 215.

²⁶⁹ G. Wicker, op. cit., nr. 300.

²⁷⁰ A se vedea: R. Houin, op. cit., p. 248; J. Schmidt-Lewski, op. cit., nr. 16; Jambu-Merlin, op. cit., nr. 10; E. Gaudemet, op. cit., p. 418; A. Beaubert-Bousiges, op. cit., p. 35 și p. 208 și urm., *apud* G. Wicker, op. cit., nr. 301, p. 283, nota de sub nr. 30.

juridice intervine ca urmare a unui fapt posterior încheierii valabile a unui act juridic. Trecutul s-ar afla modificat „prin jocul ficțiunii”, producându-se o resurecție a situației anterioare „ca și cum” aceasta n-ar fi existat vreodată.²⁷¹

Din cuprinsul art. 1020-1021 C. civ. – prin preluarea conținutului art. 1184 din Codul civil francez – pot fi identificate atât elementele definitorii ale rezoluțiunii, cât și elementele distinctive ale acesteia în raport cu alte instituții juridice învecinate.²⁷² Rezoluțiunea evocă desființarea, cu efecte retroactive, a contractelor sinalagmatice din cauza neexecutării culpabile a obligației uneia din părți.²⁷³

În principiu, condițiile rezoluțiunii au fost considerate următoarele: neexecutarea unei obligații asumate de către una din părți, ceea ce constituie o faptă ilicită; vinovăția părții respective; prejudiciul; punerea în întârziere; inexistența unei clauze de nerăspundere.²⁷⁴

Interesează însă, în context, fundamentul rezoluțiunii, implicând efecte retroactive și, din perspectiva unei posibile ipoteze explicative, dacă suntem sau nu în prezența unei ficțiuni juridice.²⁷⁵

a) Având ca reper dispozițiile art. 1184 din Codul civil francez – cărora le corespund prevederile art. 1020 din Codul civil român –

²⁷¹ Pentru doctrină și jurisprudență în acest sens, a se vedea J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, op. cit., nr. 505, îndeosebi notele de sub nr. 446 și nr. 448.

²⁷² Pe larg, a se vedea V. Stoica, op. cit., nr. 7 și urm., p. 10 și urm.

²⁷³ Ibidem, nr. 7, p. 11. Retroactivitatea este de esență rezoluțiunii, dacă legea nu prevede expres altfel, «ca și cum» contractul n-ar fi existat vreodată. Este însă de precizat că, potrivit Principiilor Unidroit care guvernează contractele de comerț internațional și Principiilor europene ale dreptului contractelor, de regulă, rezoluțiunea nu are efect retroactiv.

²⁷⁴ V. Stoica, op. cit., nr. 31 *in fine*. Pentru unele observații ale doctrinei și jurisprudenței franceze cât privește condițiile rezoluțiunii judiciare, a se vedea L. Boyer, Contrats et conventions, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. IV, nr. 373 și urm.

²⁷⁵ Cu privire la diversele teorii formulate în această controversată problemă, a se vedea: J. Ghestin, M. Billiau, op. cit., nr. 430 și urm.; V. Stoica, op. cit., nr. 11 și urm., împreună cu reperele doctrinare.

în sensul cărora „condiția rezolutorie este subînțeleasă totdeauna în contractele sinalagmatice”, s-a opinat că tocmai o asemenea condiție rezolutorie subînțeleasă constituie fundamentul rezoluțiunii judiciare. Cu alte cuvinte, încă de la încheierea contractului, fiecare parte a înțeles – tacit – să se angajeze sub condiția că cealaltă parte își va executa obligația sa.

Observațiile la această teză au fost numeroase și substanțiale, între care: pactul comisoriu nu implică intervenția judiciară și nu explică dreptul la daune-interese pentru victima neexecutării contractului, drept recunoscut însă prin dispozițiile art. 1021 C. civ., având ca și corespondent art. 1184 din Codul civil francez; puterea de apreciere pe care o are instanța într-o asemenea situație este incompatibilă cu ideea unei condiții rezolutorii subînțelese²⁷⁶; executarea obligațiilor constituie un efect esențial al contractului, astfel încât ea nu poate fi privită ca o condiție rezolutorie²⁷⁷; această teză este rezultatul unei „interpretări divinatorii” a voinței părților, cu toate că, probabil, nu s-au gândit la reglarea anticipată a consecințelor neexecutării contractului, or, tocmai o asemenea ipoteză voință ar fi ea însăși fictivă.²⁷⁸ Teza în discuție a fost unanim abandonată, ea rămânând de domeniul istoriei, care a și inspirat-o.

b) Dintr-o altă perspectivă, s-a considerat că rezoluțiunea judiciară este un mod de reparare a prejudiciului cauzat creditorului prin neexecutarea obligației²⁷⁹, punându-se astfel în aplicare regula echității²⁸⁰ și

²⁷⁶ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Droit civil. Obligations. 2. Contrat, 3^e éd., Litec, 1989, nr. 1575; G. Marty, P. Raynaud, op. cit., nr. 310; J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, op. cit., nr. 430.

²⁷⁷ V. Stoica, op. cit., nr. 11.

²⁷⁸ G. Wicker, op. cit., nr. 303 *in fine*.

²⁷⁹ H.L.J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil. Obligations – théorie générale, t. II, 1^{er} vol., 9^e éd., Montchrétien, 198, nr. 1089.

²⁸⁰ Astfel au considerat unele instanțe. Pe larg cu privire la funcția corectivă și funcția supletivă a echității în domeniul raporturilor contractuale, a se vedea Chr. Albige, De l'équité en droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, nr. 16 și urm. și nr. 458 și urm.

a bunei-credințe²⁸¹. Acțiunea în rezoluțiune ar constitui astfel o acțiune în responsabilitate²⁸², care, însă, presupune vinovăția debitorului. Dar acest element, fiind exterior structurii interne a contractului și intervenind ulterior încheierii acestuia, conduce la calificarea retroactivității rezoluțiunii ca ficțiune juridică. Pe de altă parte, jurisprudența franceză a pronunțat uneori rezoluțiunea în absența unei culpe a debitorului, atunci când neexecutarea a provenit dintr-o împrejurare fortuită sau de forță majoră.²⁸³ Chiar dacă doctrina a criticat o asemenea orientare, considerându-se că astfel se confundă teoria riscului și rezoluțiunea judiciară²⁸⁴, vinovăția debitorului nu este de natură să explice retroactivitatea rezoluțiunii, ci să determine întinderea obligațiilor de restituire sau a daunelor-interese. În fine, cum de asemenea s-a decis în jurisprudență, existența unui prejudiciu nu este o condiție a rezoluțiunii.²⁸⁵

c) O teorie modernă, mai larg acreditată, este cea a cauzei. În sensul acestei teorii, în contractele sinalagmatice obligația fiecărui contractant are ca și cauză nu numai obligația celuilalt contractant, dar și «executarea» obligației.²⁸⁶ Cauza ar exprima astfel și conexitatea, indivizibilitatea, interdependența obligațiilor în faza executării contractului, ca și la formarea acestuia. Critica teoriei a fost

²⁸¹ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, nr. 160; A. Weill, *Fr. Terré, Les obligations*, Dalloz, 4^e éd., 1986, nr. 480.

²⁸² H.L.J. Mazeaud, F. Chabas, op. cit., nr. 1097.

²⁸³ A se vedea G. Wicker, op. cit., nr. 304, nota de sub nr. 39.

²⁸⁴ H.L.J. Mazeaud, op. cit., nr. 1089; P. Malaurie, L. Aynes, *Cours de droit civil. Les obligations*, t. 6, 4^e éd., Cujas, 1993-1994, nr. 761; G. Marty, P. Raynaud, op. cit., nr. 329.

²⁸⁵ A se vedea G. Wicker, op. cit., nr. 304, nota de sub nr. 43.

²⁸⁶ Inspirată de Demolombe și Larombière, teza cauzei a fost relansată de H. Capitant, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923, nr. 7 și nr. 147 și urm. A se vedea, de asemenea: C. Larroumet, *Droit civil. Les obligations*, 2^e éd., Paris, Economica, 1990, nr. 472, 473, 704; A. Seriaux, *Droit civil. Droit des obligations*, Presses Universitaires de France, 1992, nr. 49, 56. Cu unele nuanțări, a se vedea și Fr. Terré, P. Simler, Y. Lequette, op. cit., nr. 332, 626, 630.

însă și de această dată subtilă și substanțială²⁸⁷: este intruzionată teoria cauzei în stadiul executării obligațiilor, deși rațional ea se manifestă în momentul încheierii contractului; această teorie poate explica, cel mult, dispariția angajamentelor pentru neexecutarea «obligației principale» și numai în «contractele sinalagmatice»; nulitatea absolută care, conform teoriei clasice, sancționează absența cauzei²⁸⁸, este greu compatibilă cu acțiunea în rezoluțiune care – cum precizează și art. 1021 din Codul civil român – conferă părții în privința căreia angajamentul nu s-a executat o alegere între constrângerea celeilalte părți să execute convenția, când este posibil, și desființarea convenției, cu daune-interese; intervenția judecătorului și prerogativele acestuia sunt de asemenea incompatibile cu ideea de cauză, el urmând a decide dacă într-adevăr cauza nu mai există²⁸⁹; fundamentarea rezoluțiunii pentru neexecutarea contractului pe noțiunea de «cauză» restrânge aplicabilitatea principiului numai la contractele sinalagmatice perfecte.

În pofida unor asemenea observații, dar și a altora, s-a considerat că numai cauza este de natură să justifice retroactivitatea rezoluțiunii, în măsura în care obligațiile reciproce derivând din contract nu sunt privite ca entități distincte, ci ca părți ale unui tot; fundamentarea rezoluțiunii pe noțiunea de «cauză» permite de

²⁸⁷ A se vedea, bunăoară: B. Starck, H. Roland, L. Boyer, op. cit., nr. 1580; J. Ghestin, *Chr. Jamin, M. Billiau*, op. cit., nr. 432; Ch. Larroumet, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 4^e éd., 1998, nr. 704.

²⁸⁸ Caracterul absolut al nulității pentru absența cauzei este însă discutabil. A se vedea J. Ghestin, *La formation du contrat*, 2^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988, nr. 776. Pe de altă parte, n-ar trebui să se ignore faptul că rezoluțiunea și nulitatea pentru absența cauzei se situează în două stadii diferite din «viața» actului juridic: formarea actului și executarea lui.

²⁸⁹ Intervenția judecătorului este de natură să subiectiveze situația rezultată din neexecutarea contractului, ținând seama de interesele reale ale părților, de scopul urmărit de ele, mai ales cel economic, fiind o formă specifică a puterii ce-i este conferită de lege în domeniul interpretării contractului.

asemenea înlăturarea calificării ca ficțiune juridică a efectului retroactiv care se atașează rezoluțiunii.²⁹⁰

O idee mai fecundă și mai adecvată pare a se degaja din toate aceste puncte de vedere, împreună cu observațiile ce li s-au alăturat: cauza trebuie evaluată sub aspectul tuturor determinărilor ei; ea cuprinde atât elemente obiective, cât și elemente subiective și este «animată» atât de un principiu de eficiență, cât și de finalitate; în considerarea scopului urmărit pentru a satisface interese individuale, cele două obligații corelative – cum spunea H. Capitant – „nefiind decât primul stadiu destinat să pregătească rezultatul definitiv, adică executarea prestațiilor promise”²⁹¹; corelarea, interdependența obligațiilor este în egală măsură fondată pe noțiunea de «cauză». „Fiecare obligație, depinzând de același raport sinalagmatic, este afectată, prin voința părților, a legii sau a judecătorului, realizării satisfăcătoare a ansamblului acestui raport.”²⁹² *Utilitatea socială* a contractului, adică schimbul ce urmează să se realizeze în baza acestuia, dispare dacă una dintre părți o privează pe cealaltă de unul dintre termenii acestui schimb. *Justiția contractuală* impune de asemenea ca acea parte să fie eliberată de angajamentul care n-are contraprestație.²⁹³

Fundamentul rezoluțiunii judiciare nu-l constituie, așadar, doar cauza, ci unitatea indivizibilă a situației juridice creată prin încheierea contractului.

La finele prezentării celor trei idei polarizate în jurul rezoluțiunii – condiția rezolutorie tacită, dreptul la reparație în cazul neexecutării contractului, cauza – într-o opinie de incontestabilă autoritate s-a spus de asemenea că, în realitate, rezoluțiunea are în

²⁹⁰ G. Wicker, op. cit., nr. 305.

²⁹¹ Op. cit., nr. 14.

²⁹² J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, op. cit., nr. 434. În același sens L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation, Armand Colin, 1999, nr. 247, p. 160.

²⁹³ J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, op. cit., nr. 434.

vedere fiecare dintre aceste trei idei, ele nu se exclud, ci se combină între ele.²⁹⁴

Prin referire la dispozițiile art. 1020-1021 C. civ., în doctrina noastră s-a concluzionat că la baza rezoluțiunii și a rezilierii trebuie să se așeze, „alături de ideea de cauză, așa cum se manifestă ea pe tărâmul executării contractului, și de principiul forței obligatorii a contractului, ideea de culpă, singura în măsură să justifice acordarea de daune-interese. Numai împreună, aceste trei idei permit stabilirea naturii juridice a rezoluțiunii și rezilierii”.²⁹⁵

Din perspectiva acestor observații și precizări, acceptând ideea de cauză, sub aspectul tuturor determinărilor ei și în indisolubilă coexistență cu celelalte dimensiuni, semnificații și implicații ale raportului contractual, în afara oricărei ficțiuni juridice, ea justifică deplin obligațiile părților, aflate sub condiția executării lor ulterioare și sub potențiala retroactivitate în cazul rezoluțiunii pentru neexecutarea lor.

Condiția rezolutorie și clauza rezolutorie, ipoteze distincte față de rezoluțiunea judiciară, sunt de natură să aplatizeze în mare măsură inconvenientele intervenției judecătorului în cazul neexecutării obligațiilor contractuale, al nefinalizării acestora *a posteriori* încheierii convenției.²⁹⁶

Întrebarea care stăruie este dacă, în asemenea ipoteze, retroactivitatea pe care o implică punerea lor în operă poate fi calificată ca «ficțiune juridică».

Dintr-un început ne atașăm opiniei în sensul căreia atât condiția rezolutorie, cât și clauza rezolutorie sunt numai mijloace de precizare a cauzei angajamentelor părților.²⁹⁷

Mai întâi este însă necesar să se distingă între condiția rezolutorie și clauza rezolutorie: când există condiție rezolutorie,

²⁹⁴ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, op. cit., 2, nr. 1581.

²⁹⁵ V. Soica, op. cit., nr. 15, p. 27.

²⁹⁶ Pentru asemenea inconveniente, dar și altele, a se vedea V. Stoica, op. cit., nr. 57, 63, 64, 66, 75.

²⁹⁷ G. Wicker, op. cit., nr. 309 și urm.

rezoluțiunea depinde de un eveniment viitor și incert, străin de comportamentul debitorului și de orice aspect sancționator; când există clauză rezolutorie expresă sau pact comisoriu, rezoluțiunea se atașează, în majoritatea covârșitoare a cazurilor, încălcării de către debitor a obligațiilor lui contractuale și presupune, pentru punerea ei în operă, inițiativa creditorului.²⁹⁸ Ni se pare că, mai complet, deosebirea între cele două instituții rezultă din cele ce urmează: împlinirea condiției rezolutorii constituie un element obiectiv de natură să determine, prin el însuși, desființarea contractului, la inițiativa oricăreia dintre părți; pactul comisoriu sau clauza rezolutorie expresă permite rezoluțiunea numai ca efect al îndeplinirii condițiilor generale necesare pentru aplicarea acestei sancțiuni – nu doar neexecutarea obligației, ca element obiectiv – și dacă există o manifestare de voință în acest sens din partea creditorului care, însă, are a alege între punerea în operă a pactului comisoriu și executarea silită a obligației debitorului.²⁹⁹

a) *Condiția rezolutorie* – implicând o ipoteză cu totul distinctă de rezoluțiunea judiciară – dacă este împlinită, ea are ca rezultat rezoluțiunea contractului.³⁰⁰ Fundamentul rezoluțiunii condiționale, esențialmente, nu este însă diferit de cel al rezoluțiunii judiciare: *cauza*. Precizarea condiției este mijlocul de integrare în «cauză» a motivelor care stau la baza angajamentelor părților contractante; mai exact, este mijlocul de determinare a «cauzei finale». Retroactivitatea condiției rezolutorii este străină de orice ficțiune juridică, rezoluțiunea condițională fiind, ca și rezoluțiunea judiciară, o aplicare a teoriei cauzei.

b) *Clauza rezolutorie*, expresă și propriu-zisă, sau pactul comisoriu expres³⁰¹, distinct prin particularitățile acestuia de condiția

²⁹⁸ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, op. cit., 2, nr. 1618.

²⁹⁹ V. Stoica, op. cit., nr. 82.

³⁰⁰ Partea contractantă beneficiază de un drept potestativ condițional. Pe larg, a se vedea St. Valory, La potestativité dans les relations contractuelles, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1999, nr. 174 și urm.

³⁰¹ Pe larg, a se vedea Ch. Paulin, La clause résolutoire, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, *passim*.

rezolutorie³⁰², conferă creditorului un drept potestativ de a cere rezoluțiunea³⁰³. Cât privește retroactivitatea derivată din rezoluțiune, calificarea acesteia ca ficțiune juridică trebuie exclusă. O asemenea calificare – ca și, de altfel, în cazul condiției rezolutorii sau al celei suspensive – ar fi posibilă numai dacă ne-am păstra în contextul, revolut, al considerării cauzei ca element instantaneu, exclusiv atașat momentului formării actului juridic, nu însă și din perspectiva considerării cauzei ca element permanent, până la executarea definitivă a actului. Considerând cauza ca fiind o combinație de elemente obiective și subiective și asociind principiile de eficiență și finalitate a convențiilor, calificarea retroactivității

³⁰² Principala obiecțiune la ideea că clauza rezolutorie constituie o condiție rezolutorie constă în faptul că, astfel, clauza rezolutorie ar deveni o condiție potestativă, prohibită, totul depinzând de voința debitorului, care, pur și simplu, s-ar putea abține de la executarea obligației (Fr. Terré, P. Simler, Y. Lequette, op. cit., nr. 1126; P. Malaurie, L. Aynes, op. cit., nr. 1114). Numai că nu trebuie ignorată ipoteza unei clauze rezolutorii în interes comun, într-o asemenea situație rezoluțiunea putând fi invocată de oricare dintre părți. Totuși, „o parte de potestativitate” cuprinde clauza rezolutorie, căci invocarea ei depinde de voința creditorului, considerându-se a avea, din acest motiv, un caracter mixt (în acest sens J. Ghestin, La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 din Code civil, Études dédiées à A. Weill, Dalloz-Litec, 1983, nr. 22, p. 243 și urm.). Important este însă ca evenimentul erijat în condiție să nu depindă exclusiv de voința debitorului. Creditorul beneficiază de un drept potestativ, care se atașează fazei executării contractului (St. Valory, op. cit., nr. 260 și nr. 876 și urm.).

³⁰³ Un asemenea pact nu exclude posibilitatea creditorului de a nu cere rezoluțiunea, de a cere rezoluțiunea judiciară sau de a solicita executarea forțată a obligației. Natura potestativă a dreptului creditorului nu amplifică dezavantajele clauzei rezolutorii, nici nu estompează avantajele ei. Cu privire la avantajele și dezavantajele, a se vedea: B. Starck, H. Roland, L. Boyer, op. cit., nr. 1619; J. Ghestin, Chr. Jamin, M. Billiau, op. cit., nr. 603.

efectelor juridice, indiferent de împrejurările care o determină, ca ficțiune juridică trebuie categoric exclusă.³⁰⁴

³⁰⁴ G. Wicker, op. cit., nr. 312. Totuși, în unele opinii încă mai stăruie ideea că, existând interesul să se distingă „două momente din viața contractului”, încheierea și executarea acestuia, care comportă „sanțiuni diferite” – nulitatea sau rezoluțiunea – cauza ar fi „elementul formării convenției, condiția de existență a obligației”; „ea este prestația promisă, nu prestația executată, contraprestația convenită, nu contraprestația realizată” (J. Maury, Cause, în „Répertoire de droit civil”, Dalloz, 2000-2^{ème}, mise à jour, t. III, nr. 38). Aserțiunea ni se pare însă discutabilă; vânzătorul, de exemplu, vinde pentru a primi prețul, nu creanța prețului, cumpărătorul cumpără pentru a dobândi lucrul, nu creanța cu privire la acel lucru. Ideea de «echivalență» fundamentează cauza și echivalența nu poate fi ignorată tocmai în faza realizării prestațiilor, când se verifică utilitatea socială și economică a contractului. În cazul contractelor sinalagmatice, cele două obligații „nu numai că sunt juxtapuse”, dar ele sunt și „interdependente”, iar această interdependență „se manifestă la încheierea contractului și subzistă în cursul executării lui” (J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, op. cit., 1, nr. 261, împreună cu nota de sub nr. 2, p. 183).

Concluzii și remotivare

Ficțiunea juridică este un «artificiu», strident poate în ambianța amăgitoare de calm a valorilor juridice, dar un artificiu necesar și intențional, prin care «realitatea juridică» – singurul și fundamentalul reper al ficțiunii – este pur și simplu contrazisă, întrucât ea este anacronică sau faptic revolută, ori această realitate este adaptată, redimensionată sau resubstanțializată pentru a-i păstra încă «vitalitatea» și «utilitatea socială».

Ficțiunea juridică este «calul troian» în fața fortificațiilor reglementărilor juridice, cărora li s-a procurat și încă li se mai procură o «scuză» printr-un ghilotinant adagiu – *dura lex, sed lex* –, îndemn la resemnare sub copleșitoarea și fatidica poruncă legislativă. Ficțiunea juridică nu este doar o «supapă de siguranță» la «presiunea» fără noimă a verdictelor legislative, nu este doar o «măsură ortopedică» în cazul «atrofiei» sau «anchilozării» dreptului; ea este mijlocul prin care «bunul simț juridic» înlătură sau corectează anacronismul propozițiilor normative, redefinindu-le «destinul», într-o altă ambianță a valorilor decât aceea germinativă.

Sursa ficțiunilor juridice poate fi legea, jurisprudența, voința părților, doctrina, dar legea și jurisprudența le certifică sau le infirmă, în cele din urmă, calitatea unor judecăți de valoare și utilitatea.

Adeseori, ficțiunile juridice ni se înfățișează ca prezumții. Delimitarea între ele este deci necesară: ficțiunea juridică ignoră probabilitatea sau dacă, uneori, o absoarbe, aceasta se întâmplă accidental; prezumția, prin definiție, se sprijină pe probabilitate, verificată în timp sau ea însăși prezumată. Atunci însă când prezumțiile juridice sunt postulate ca irefragabile, în realitate suntem în prezența unor ficțiuni juridice, o prezumție *iuris et de iure* fiind insolubil și fatalmente o stridentă contradicție în termeni.

Ca procedeu de tehnică legislativă sau ca element constitutiv al silogismului judiciar, ficțiunile juridice sunt tot atât de necesare ca

și toate celelalte «instrumente» de elaborare a propozițiilor normative, fiind cu totul străine de sensul peiorativ sau livresc care, uneori, li s-a atașat.

Unele ficțiuni juridice sunt numai «aparente» – «false ficțiuni» –, altele sunt «reale» – «adevărate ficțiuni» –, fiind așadar necesară totdeauna verificarea realității juridice, criteriu exclusiv și decisiv al ficțiunii, sub aspectul tuturor elementelor ei constitutive, a tuturor determinărilor, semnificațiilor și implicațiilor care fac din această realitate un «loc comun».

Unele ficțiuni juridice au suspecte rezonanțe sau pot fi devastatoare în viața juridică; altele însă, și cele mai multe, sunt benefice prin consecințele juridice pe care le antrenează. Ele demonstrează imaginația, inventivitatea, realismul, raționalitatea și, uneori, libertatea formelor juridice ca formă a libertății în fața unui «imperialism juridic», care copleșește.

Să le recunoaștem deci «meritul», atunci când acesta există, sau să le spulberăm, atunci când doar ne amăgesc.

Index alfabetic selectiv

A

Actio de in rem verso 2, 11.1, 57.5

Act

- administrativ 34.3
- constitutiv 72
- declarativ 72

Acțiune în tăgada paternității 57.4

Afectațiune 59-61 (v. Patrimoniu)

Alegație 25.1

Amnistie 38

Analogie 2, 4, 5

Antinomie juridică 11.1, 56.2

Aparență în drept 34.2, 57.6

Asimilare 4, 6

Autoritatea lucrului judecat 2, 25.2

B

Bun 59-62

C

Cesiune de contract 54.4

Clauză

- ficțională 51
- penală 57.14
- rezolutorie 76

Condiția (modalitate a actului juridic) 74, 76

Conflict de legi 11.1, 17.5, 35

Contract

- de mijlocire (de misitie) 57.13
- nenumit 17.6

Culpă de serviciu 17.2

D

Datorie de valoare 41, 62

Daune morale 57.7

Drept - de retenție 57.10

- de superficie 11.1, 57.12

E

Echitate 13.1

Eroare 31, 32, 57.6

Exceptio non adimpleti contractus 57.9

Extrateritorialitate 17.4

F

Fictivitate 10

Ficțiune

- convențională 4, 8, 51, 52
- doctrinară 4, 34.3, 53, 54

- legală 8, 29, 43, 45
- jurisprudențială 4, 8, 12, 55-57

Ficțiunea persoanei juridice
(v. Persoană juridică)
Filiație 44, 45
Funcționar de fapt 34.2

G

Garanție reală 62

I

Impreviziune 39, 41
Indexare convențională 41
Indiciu 25.1
*Infans conceptus pron nato
habetur quoties de commodis
eius agitur* 64
Ipoteză 2

Î

Împrumut de regim juridic 4, 7
Întreținere 57.3

J

Judecată de valoare 16

L

Lege 33
- aplicare în timp și spațiu
35-38

- interpretare 55
- interpretativă 36

M

Moțiuni de cenzură 33.2

N

*Nemo auditur propriam
turpitudinem* 57.8
Nemo censetur legem ignorare
2, 13.2, 28, 30
Neretroactivitate 36
Nominalism monetar 39, 40
Normă juridică 55
Nulitate 75

O

Ordonanță de urgență 33.1

P

Pact de preferință 11.1, 57.11
Partaj 73
Patrimoniu 18.2, 65
Persoană
- fizică 63, 64
- juridică 66, 67 (v. și Răspundere penală)
Personalitate juridică 63-65
Prezumție 19-28
- absolută 25.2, 28, 30.1
- antejudiciară 26
- fictivă 30.2

- legală 22, 25.2, 30.1
- simplă 25.1
- mixtă 25.2
- relativă 25.2

Probabilitate 21, 30.2

Procedura aprobării tacite 34.1
Promisiune unilaterală de
vânzare-cumpărare 54.3, 57.11
Proprietate comună pe cote-părți
11.1, 57.1

R

Răspundere 24.3, 25.2, 33.2,
57.6
- obiectivă 57.2
- penală 42, 43
Realitate 14
- juridică 4, 14.2, 18.1, 41,
43, 60
- materială 14.1, 41
Recurs în interesul legii 55
Refuz nejustificat 34.3
Reprezentare 57.6, 68-70
- convențională 18.2
- succesorală 29, 48, 49
Regulă
- de fond 24, 25.2
- de drept 16, 57.9
- de probă 24.3, 25.2

Rezoluțiune 76
Retroactivitate 35, 38, 71-76

S

Simbol 9
Simulație 8, 51, 57.6
Subrogare reală 59, 62

T

Tăcere 47
Tehnică legislativă 11, 24.1
Teoria
- adevărului 22
- ficțiunii 54.2, 67.1
- impreviziunii 41 (v. Impreviziune)
- realității - concrete 54.2,
67.2
- tehnice 67.3

U

Ultraactivitate 37, 38
Uzucapiune 24.2

V

Valorism 39, 41
Voință juridică 46, 47

Cuprins

Abrevieri uzuale	V
------------------------	---

Plan și motivare	VII
------------------------	-----

Capitolul I. Ficțiunile și prezumțiile juridice – conotații, interferențe și delimitări	1
--	---

Secțiunea 1. Ficțiunile juridice	1
--	---

1. Repere retrospective asupra ficțiunilor în general și asupra celor juridice în special.....	1
2. Conспект asupra filosofiei lui «ca și cum»	5
3. Problema imanenței ficțiunilor.....	15
4. Semnificațiile ficțiunii.....	18
5. Ficțiunea și analogia.....	26
6. Ficțiunea și asimilarea.....	28
7. Ficțiunea și împrumutul de regim juridic.....	29
8. Ficțiunea juridică și simulația	30
9. Ficțiunea și simbolul	32
10. Ficțiunea juridică și fictivitatea	33
11. Ficțiunile – procedeu de tehnică legislativă	34
12. Ficțiunile – procedeu de tehnică judiciară.....	40
13. Ficțiunile – instrument de politică juridică	44
14. Criteriul de referință al ficțiunii – realitatea.....	46
15. Legitimitatea ficțiunilor	48
16. Ficțiunile – judecată de valoare.....	52
17. Domeniul ficțiunilor juridice.....	55
17.1. Dreptul constituțional	57
17.2. Dreptul administrativ.....	58
17.3. Dreptul penal	60
17.4. Dreptul internațional public.....	61
17.5. Dreptul internațional privat	64
17.6. Dreptul civil.....	65
17.7. Dreptul procesual civil	67

18. Limitele ficțiunilor juridice	67
18.1. Limitele relative	67
18.2. Limitele absolute	75
Secțiunea a 2-a. Prezumțiile juridice	80
19. Justificare preliminară	80
20. Conotația termenului «presumpție»	80
21. Probabilitatea – temeiul prezumțiilor	82
22. Prezumțiile și teoria adevărului	85
23. Retrospectivă istorică asupra dinamicii prezumțiilor	88
24. Prezumțiile – ca procedeu special de tehnică legislativă, ca regulă de drept sau ca mijloc de probațiune	90
25. Categorii de prezumții	99
26. Observații conclusive	124
Secțiunea a 3-a. Interferențe și delimitări	130
27. Asemănări între ficțiuni și prezumții	130
28. Delimitări între ficțiuni și prezumții	131
Capitolul II. Ficțiuni legale	137
29. Precizări prealabile	137
Secțiunea 1. <i>Nemo censetur legem ignorare</i>	138
30. Cunoașterea legii	138
31. Eroarea de drept	149
32. Condițiile invocării erorii de drept	169
32.1. Caracterul determinant al erorii	171
32.2. Caracterul scuzabil al erorii	174
Secțiunea a 2-a. Ficțiuni juridice în procedura legislativă și administrativă	177
33. Ficțiuni juridice în procedura legislativă	177
33.1. Adoptarea legii sau a ordonanței de urgență prin neadoptare	177
33.2. Adoptarea proiectului de lege prin procedura angajării răspunderii politice de către Guvern	184
34. Ficțiuni juridice în procedura administrativă	189
34.1. Aprobarea tacită	189
34.2. Funcția și funcționarul de fapt	199
34.3. Refuzul nejustificat al unei autorități administrative	202
Secțiunea a 3-a. Retroactivitatea și ultraactivitatea legii	207
35. Precizări prealabile și repere constituționale	207

36. Efectul imediat al legii noi și neretroactivitatea	213
37. Efectul imediat al legii noi și ultraactivitatea legii vechi	218
38. Retroactivitatea și ultraactivitatea legii – ficțiuni juridice	219
Secțiunea a 4-a. Nominalismul monetar și valorismul	222
39. Impreviziunea	222
40. Nominalismul monetar	224
41. Valorismul	226
Secțiunea a 5-a. Răspunderea penală a persoanei juridice	232
42. Reglementare	232
43. Fundamentul răspunderii penale a persoanei juridice	235
Secțiunea a 6-a. Filiația adoptivă sau legitimarea adoptivă	240
44. Reglementare	240
45. Filiația adoptivă sau legitimarea adoptivă – ficțiune legală	245
45.1. Stabilirea unei noi legături de filiație	246
45.2. Încetarea rudeniei firești	247
Secțiunea a 7-a. Ficțiuni juridice derivând din obiectivarea voinței la încheierea unui act juridic	249
46. Voința – element structural al actului juridic	249
47. Conținutul ficțiunii juridice derivând din obiectivarea voinței	250
Secțiunea a 8-a. Ipoteza reprezentării succesoriale	257
48. Definiție, condiții și efecte	257
49. Fundamentul reprezentării	261
Capitolul III. Ficțiuni juridice având ca sursă voința părților și ficțiuni juridice doctrinare	264
50. Preliminarii	264
Secțiunea 1. Ficțiuni juridice având ca sursă voința părților	265
51. Admisibilitate și legitimitate	265
52. Elemente specifice	268
Secțiunea a 2-a. Ficțiuni juridice doctrinare	269
53. Rosturile ficțiunilor juridice doctrinare	269
54. Ipoteze exemplificative de ficțiuni juridice doctrinare	269
Capitolul IV. Ficțiuni juridice jurisprudențiale	274
55. Controverse și ipoteze de abordare	274
56. Forme de intervenție a instanțelor judecătorești	291

57. Situații exemplificative de intervenție a instanțelor judecătorești.....	296
57.1. Proprietatea comună pe cote-părți.....	296
57.2. Răspunderea obiectivă.....	297
57.3. Creditorul obligației de întreținere din partea părinților.....	304
57.4. Titularul acțiunii în tăgada paternității.....	306
57.5. Îmbogățirea fără justă cauză.....	312
57.6. Aparența în drept.....	319
57.7. Daunele morale.....	331
57.8. <i>Nemo auditur propriam turpitudinem</i>	338
57.9. <i>Exceptio non adimpleti contractus</i>	340
57.10. Dreptul de retenție.....	344
57.11. Promisiunea unilaterală și pactul de preferință.....	350
57.12. Superficia.....	365
57.13. Contractul de mijlocire sau de misitie.....	373
57.14. Mutabilitatea judiciară a clauzei penale.....	376

Capitolul V. Pseudoficțiuni juridice.....387

58. Preliminarii.....	387
Secțiunea 1. Ipoteze de ficțiuni juridice cu privire la bunuri.....	388
59. Clasificarea bunurilor și subrogarea reală.....	388
60. Afectațiunea reală în cazul imobilizării bunului prin destinație.....	392
61. Afectațiunea personală în cazul mobilității unui bun prin anticipare.....	396
62. Subrogarea reală.....	398
Secțiunea a 2-a. Ipoteze de ficțiuni juridice cu privire la existența subiectului de drept.....	410
63. Persoana fizică și personalitatea juridică.....	410
64. <i>Infans conceptus pro nato quoties de commodis eius agitur</i>	411
65. Patrimoniul și personalitatea juridică.....	418
66. Persoana juridică sau morală – conotație.....	423
67. Natura persoanei juridice.....	438
67.1. Teoria ficțiunii.....	438
67.2. Teoria realității concrete.....	439
67.3. Teoria realității tehnice.....	440

Secțiunea a 3-a. Ipoteza ficțiunii juridice în materie de reprezentare.....	443
68. Definiția reprezentării și formele acesteia.....	443
69. Condițiile reprezentării.....	448
70. Reprezentarea nu este o ficțiune juridică.....	450
Secțiunea a 4-a. Ipoteza ficțiunilor juridice în domeniul retroactivității efectelor juridice.....	458
71. Premisele calificării ca ficțiune a retroactivității.....	458
72. Actele constitutive și actele declarative.....	461
73. Partajul.....	463
74. Condiția.....	466
75. Nulitatea.....	472
76. Rezoluțiunea.....	475

Concluzii și remotivare 485

Index alfabetic selectiv 487